

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفي سنة ٥٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقي المتوفي سنة ٥٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المغني ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد
ابن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله احمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثاني

(تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصفحات والشرح الكبير في أدناها مفصلاً بينها بخط عرضي

دار الكتاب العربي

للتشعر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الاجارات

الاصل في جواز الاجارة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى قالت (إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين قال اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشر افن عندك) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن النذر قال كنا عند رسول الله ﷺ فقرا (طس) حتى اذا بلغ قصة موسى قال « إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني حجج أو عشرأ على عفة فرجه وطعام بطنه » وقال الله تعالى (فوجد فيها جدارا يريد أن ينقض فأقامه قال لو شئت لانخذت عليه أجرا) وهذا يدل على جواز أخذ الاجر على إقامته وأما السنة فثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الدليل هاديا خريتا . وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(باب الاجارة)

والاصل في جوازها الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقال تعالى ، قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين * قال اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) وروى ابن ماجه في سننه عن عتبة بن النذر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرا (طس) حتى اذا بلغ قصة موسى قال « ان موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني حجج أو عشرأ على عفة فرجه وطعام بطنه ، وقال الله تعالى (قال لو شئت لانخذت عليه أجرا) وهذا يدل على جواز أخذ الاجرة على إقامة الجدار وأما السنة فثبت أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الدليل هاديا خريتا . وروى البخاري عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل

أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، والأخبار في هذا كثيرة . واجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال لا يجوز ذلك لأنه غرر يعني أنه يعتقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع الذي سبق في الأعصار . وسار في الأمصار ، والعبرة أيضاً دالة عليها فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان فلا يجوز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الاجارة على المنافع ، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بيع أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعاً به فلا بد من الاجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله طريقاً للرزق حتى أن أكثر المكاسب بالصنائع ، وما ذكره من الفرر لا يلتفت إليه مع ما ذكرنا من الحاجة فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تلف بمضي الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها كالمسلم في الأعيان

(فصل واشتقاق الاجارة من الأجر وهو العوض قال الله تعالى (لو شئت لاتخذت عليه أجراً) ومنه سمي الثواب أجراً لأن الله تعالى يعرض العبد به على طاعته أو صبره عن مصيبته

(فصل وهي نوع من البيع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع بمنزلة الأعيان لأنه يصح تمليكها في حال الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والاتلاف ويكون عوضها عيناً وديناً ، وإنما اختلفت

أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، واجمع أهل العلم في كل عصر على جواز الاجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال لا يجوز ذلك لأنه غرر يعني أنه يعتقد على منافع لم تخلق . وهذا غلط لا يمنع انعقاد الاجماع الذي سبق في الأعصار وسائر الأمصار ، والعبرة أيضاً دالة عليها فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الاجارة على المنافع ، ولا يخفى حاجة الناس إلى ذلك فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بيع أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعاً به ، فلا بد من الاجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقاً إلى الرزق حتى أن أكثر المكاسب بالصنائع ، وما ذكره من الفرر لا يلتفت إليه مع ما ذكرنا من الحاجة فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تلف بمضي الأوقات فاحتيج إلى العقد عليها قبل وجودها كالمسلم في الأعيان . واشتقاق الاجارة من الأجر وهو العوض ، قال الله تعالى (قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً) ومنه سمي الثواب أجراً لأن الله تعالى يعرض العبد به على طاعته أو صبره على مصيبته

(مسئلة) (وهي عقد على المنافع تنعقد بلفظ الاجارة والكراء وما في معناهما ، وفي لفظ البيع وجهان) الاجارة عقد على المنافع في قول أكثر العلماء منهم أبو حنيفة ومالك وأكثر الشافعية ، وذكر

باسم كما اختص بعض البيوع باسم كالصرف والسلم . اذا ثبت هذا فانها تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لانها موضوعان لها ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان (أحدهما) تنعقد به لانها بيع فانهقدت بلفظه كالصرف (والثاني) لا تنعقد به لان فيها معنى خاصا فانفردت الى لفظ يدل على ذلك المعنى ولان الاجارة تضاف الى العين التي يضاف اليها البيع إضافة واحدة فاحتيج الى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالمعقود المتباينة ولانه عقد يخالف البيع في الحكم والاسم فاشبه النكاح .

(فصل) ولا تصح الا من جائز التصرف لانها عقد تملك في الحياة فاشبه البيع

(مسئلة) قال (واذا وقعت الاجارة على مدة معلومة باجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع وملكت عليه الاجرة كاملة في وقت العقد الا أن يشترطا أجلا)

هذه المسئلة تدل على أحكام ستة (أحدها) أن المعقود عليه المنافع وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي ، وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجر تترك داري كما يقول بعتكها

ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ولان الاجر في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين ، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد الى

بعضهم ان المعقود عليه العين لانها الموجودة والعقد يضاف اليها فيقول أجر تترك داري ولنا أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الاعيان ولان الاجر في مقابلة المنفعة ولهذا يضمن دون العين وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد إلى العين لانها محل المنفعة ، وكما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة ، ولو قال أجر تترك منفعة داري جاز

(فصل) وهي نوع من البيع لانها تملك من كل واحد منها لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع كالايعان لانها يصح تملكها في الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والانلاف وتكون عوضا عينا ودينا وإنما اختصت باسم كالصرف والسلم مع كونه بيعا ، فعلى هذا تنعقد بلفظ الاجارة والكراء لانها موضوعان لها ، وكذلك كل ما يؤدي معناها لحصول المقصود به ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان [أحدهما] تنعقد به لانها بيع فانهقدت بلفظه كالصرف [والثاني] لا تنعقد به لان فيها معنى خاصا فانفردت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى ، ولان الاجارة تضاف إلى العين التي يضاف اليها البيع إضافة واحدة فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالمعقود المتباينة . ولانها عقد يخالف البيع في الحكم والاسم أشبه النكاح

(فصل) ولا تصح إلا من جائز التصرف لانه عقد تملك في الحياة أشبه البيع

العين لانها محل المنفعة ومنشؤها كما يضاف عقد المساقاة الى البستان والمعقود عليه الثمرة ولو قال أجرتك منفعة دارمي جاز (الثاني) أن الاجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة ولا خلاف في هذا نعلمه ولان المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات فيما يبيع بالكيل ، فان قدر المدة بسنة مطلقة حمل على سنة الالهة لانها المعهودة في الشرع . قال الله تعالى (يستلونك عن الالهة قل هي مواقيت للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه فان شرط هلاية كان تأكيذاً ، وان قال عددية أو سنة بالايام كان له ثلاثمائة وستون يوماً لان الشهر العددي يكون ثلاثين يوماً ، وان استأجر سنة هلاية أول الهلال عد اثني عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً لان الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ، وان كان العقد في أثناء شهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالهلال ثم كل الشهر الاول بالعدد ثلاثين يوماً لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ماعدها بالهلال فوجب ذلك لأنه الاصل ، وحكي عن احمد رحمه الله رواية أخرى أنه يستوفى الجميع بالعدد لانها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهراً واحداً ، ولان الشهر الاول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثناءه فكذلك كل شهر يأتي بعده ، ولا يبي حنيفة والشافعي كالروايتين ، وهكذا ان كان العقد على أشهر دون السنة ، وان جعل المدة سنوية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وكان يعلمان ذلك جاز وكان له

(مسألة) (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة (أحدها) معرفة المنفعة إما بالعرف كسكنى الدار شهراً وخدمة العبد سنة وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين أو بناء حائط يذ كر طوله وعرضه وسمكه وآله)

وجملة ذلك انه لا بد من معرفة المنفعة في الاجارة لانها المعقود عليها فاشترط العلم بها كالبيع فان معرفته شرط في صحة البيع فكذلك معرفة المنفعة في الاجارة فان بيع المجهول لا يصح اجماعاً ، فان كان لها عرف كسكنى الدار شهراً لم يحتج الى ذكرها لانه لا يكثرى الا لذلك فاستغني عن ذكرها كالبيع بضمن مطلق في موضع فيه نقد معروف ، وخدمة العبد سنة كسكنى الدار لانها معلومة بالعرف . وأما إن اكثرى حمل زبرة حديد إلى موضع معين فلا بد من ذكر الوزن ههنا والمكان الذي تجمل اليه لان المنفعة انما تعرف بذلك

(مسألة) (أو بناء حائط يذ كر طوله وعرضه وسمكه وآله واجارة أرض معينة لزراع كذا أو غرس أو بناء معلوم)

وجملة ذلك انه يجوز الاستئجار لبناء ويقدر بالزمان والعمل ، فان قدر بالعمل فلا بد من معرفة موضعه لانه يختلف بقرب الماء وسهولة التراب ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من طين أو لبن أو آجر أو حجارة أو شيد أو غير ذلك . قال ابن أبي موسى : واذا استأجره لبناء ألف ليلة

ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً فإن الشهور الرومية منها سبعة أحد وثلاثون يوماً وأربعة ثلاثون يوماً وشهر واحد ثمانية وعشرون يوماً ، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون وزادوها خمسة أيام لتساوي سنتهم السنة الرومية، وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح لأن المدة مجهولة في حقه ، وإن أجره إلى العيد انصرف إلى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لأنه جعله غاية فتنتهي مدة الاجارة بأوله ، وقال القاضي لابد من تعيين العيد فطراً أو أضحى من هذه السنة أو سنة كذا ، وكذلك الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجمادى و ربيع يجب على قوله أن يذكر الاول أو الثاني من سنة كذا ، وإن علقه بشهر مفرد كرجب وشعبان فلابد أن يبينه من أي سنة ، وإن علقه بيوم فلابد على قوله أن يبينه من أي أسبوع ، وإن علقه بعيد من أعياد الكفار صح إذا علمه وإلا لم يصح وقد مضى نحو من هذا (فصل) ولا يشترط في مدة الاجارة أن تلي العقد بل لو أجره سنة خمس وهما في سنة ثلاث أو شهر رجب في المحرم صح وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي لا يصح الا ان يستأجرها من هي في إجارته ففيه قولان لأنه عقد على ما لا يمكن تسليمه في الحال فأشبهه اجارة العين المفصولة . قال ولا يجوز أن يكثر في بعيراً بعينه إلا عند خروجه لذلك

ولنا أن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتالي تلي

في جدار أو استأجره يبني له فيه يوماً فعمل ما استؤجر عليه ثم سقط الحائط فله أجره لأنه وفي العمل فإن قال أرفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بمضه فسقط فعليه إعادة ماسقط وإتمام ما وقعت عليه الاجارة من الذرع ، وهذا إذا لم يكن سقوطه في الاول لا من جهة العامل فأما ان فرط أو بناء محلولاً أو نحو ذلك فسقط فعليه اعادته وغرامة ما تلف به

(فصل) ويجوز الاستئجار لتطين السطوح والحيطان وتجهيزها ولا يجوز على عمل معين لأن الطين يختلف في الرقة والغلط ، والارض تختلف منها العالي والنازل ، وكذلك الحيطان فلذلك لم يجوز الا على مدة

(فصل) وإذا استأجر داراً جاز اطلاق العقد ولم يحتاج إلى ذكر السكنى ولا صفتها لما ذكرنا ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور لا يجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا و عيالي لأن السكنى تختلف ، ولو اكترها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معها

ولنا أن الدار لا تكثر الا للسكنى فاستغني عن ذكره كاطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتاج إلى ضبطه لما ذكرنا . وما ذكره لا يصح فإن الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزأ . فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه ، ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا غير من ذكره ولكن ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيها إذا اكترى لركوب

العقد ، وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالتسليم فيه ، ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه وما ذكره يطل بما إذا أجزاها من المسكن فانه يصح مع ما ذكره . اذا ثبت هذا فان الاجارة إن كانت على مدة تلي العقد لم يحتاج الى ذكر ابتدائها من حين العقد وان كانت لا تلي فلا بد من ذكر ابتدائها لانه أحد طرفي العقد فاحتيج إلى معرفته كالانتهاء ، وان أطلق فقال أجرتك سنة أو شهر أصبح وكان ابتداءه من حين العقد وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، وقال الشافعي وبعض أصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي فان أحمد قال في رواية اسماعيل بن سعيد إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر ولنا قول الله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام (على أن تأجرني ثماني حجج) ولم يذكر ابتداءها ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قرينة فإذا أطلقها وجب أن تلي السبب الموجب كمدة السلم والايلاء وتفارق النذر فانه قرينة

(فصل) ولا تتقدر أكثر مدة الاجارة بل تجوز اجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت وهذا قول كافة أهل العلم إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان [أحدهما] كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح (الثاني) لا يجوز أكثر من سنة لأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الأسعار والاجر

(فصل) قد ذكرنا انه يجوز الاستئجار للخدمة كل شهر بشيء معلوم وسواء كان الاجير رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور لأنه تجوز النيابة فيه ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرية ، قال أحمد أجير المشاهدة بشهد الأعياد والجمعة وان لم يشترط ذلك ، قيل له فينطوع بالركعتين قال ما لم يضر صاحبه ، وإنما أباح ذلك لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف تركه ، معتكفه لها ، وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات من السنة وقال أبو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها ، قال أحمد يجوز أن يستأجر الامة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحرة ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر اليها متجردة ولا الى شعرها انما قال ذلك لأن حكم النظر بعد الاجارة كحكم قبلها وافرقت بين الحرة والامة لأنهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها

(فصل) اذا استأجر أرضاً احتاج الى ذكر ما تكثرى له من غراس أو بناء أو زرع لانها تكثرى لذلك كله وضرره يختلف فوجب بيانه ، وفي اجارة الارض للزرع اختلاف ذكرناه في باب المساقاة

(فصل) ويجوز الاستئجار لضرب البين لما ذكرنا ويكون على مدة أو عمل فان قدره بالعمل احتاج الى تعيين عدده وذو كركالته وموضع الضرب لازماً الأرض تختلف باختلافه لكون التراب في بعض الاماكن أسهل والماء أقرب فان كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز كما اذا كان المكيال معروفاً ، وان قدره بالطول

ولنا قول الله تعالى اخباراً عن شعيب عليه السلام أنه قال (على أن تأجرني ثمانى حجج فان أتممت
عشرأ فني عندك) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل ، ولان ما جاز العقد عليه سنة
جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة وثلاثين تحكماً لا دليل عليه وليس ذلك أولى
من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه ، واذا استأجره سنين لم يحتاج إلى تقسيط الاجر على كل سنة في
ظاهر كلام أحمد كما لو استأجر سنة لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق ولو استأجر شهراً لم
يفتقر إلى تقسيط أجر كل يوم ، ولان المنفعة كالأعيان في البيع ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه
تقدير ثمن كل عين كذلك ههنا . وقال الشافعي في أحد قوايه كقولنا وفي الآخر يفتقر إلى تقسيط
أجر كل سنة لان المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن يفسخ العقد فلا يعلم بم يرجع وهذا
يبطل بالشهور فانه لا يفتقر إلى تقسيط الاجر عليها مع الاحتمال الذي ذكره

(فصل) والاجارة على ضربين (أحدهما) أن يعقدها على مدة (الثاني) أن يعقدها على عمل
معلوم كبناء حائط وخياطة قبص وحمل إلى موضع معين فاذا كان المستأجر مما له عمل كالميوان جاز فيه
الوجهان لان له عملاً تتمدر منافعه به ، وإن لم يكن له عمل كالدار والارض لم يجز إلا على مدة ،
ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان الجمع بينهما يزيد غرراً
لانه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فان استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد ،

والعرض والسكك جاز ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب اذالم يكن معروفاً لان فيه غرراً وقديتلف
القالب فلا يصح كالأول في مكيال بعينه

(مسئلة) (وان استأجر المركوب ذكر المركوب فرسا أو بعيراً أو نحوه)

لان منافعها تختلف وتشترط معرفته برؤية أو صفة لانه يصح بيعه بما و ذكر الممليج والقطوف لان سيرهما
يختلف ومعرفة ما يركب به من مرج أو غيره لانه يختلف بالركوب والراكب ولا يحتاج الى ذكر الذكورة
والانوثة لان التفاوت بينهما يسير وقال القاضي يفتقر لتفاوتهما ولا بد من معرفة الراكب برؤية أو صفة
ذكره الحرقى وقال الشريف لا يجزى فيه الا بالرؤية لان الصفة لا تأتي عليه ولا بد من معرفة المحامل
والاوطنة والاغطية والمعاليق كالقدر والسطحة ونحوها أما برؤية أو صفة أو وزن

(مسئلة) (فان كان الحمل لم يحتاج الى ذكره)

لعدم الغرض في معرفته فان اتفق وجود غرض في الحموله مثل أن يكون المحمول شيئاً تضربه كثرة الحركة
تالفا كهيئة والزجاج أو كون الطريق مما يفسد على بعضه ادون بعض فينبغي أن يذكره في الاجارة ذكره
شبخنا ، وتشترط معرفة المتاع برؤية أو صفة ويذكر جنسه من حديد أو قطن أو نحوه لان ضرره يختلف
وقدره بالوزن ان كان موزوناً أو بالكيل ان كان مكيلاً لان البيع يصح بكلا الأمرين ، وبمحصل بالمشاهدة
لانهما من أعلى طرق العلم وبالصفة اذا ذكر القدر والجنس ، وذكر ابن عقيل انه اذا قال أجر تكسها لتحمل عليها

وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة وقد لا يفرغ من العمل في المدة فإن أتمه عمل في غير المدة ، وإن لم يعمل لم يأت بما وقع عليه العقد وهذا غرر أمكن التحرز عنه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه

وروي عن أحمد فيمن أكرى دابة الى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست فقال قد أضربه فقيل يرجع عليه بالقيمة ؟ قال لا يصلح له وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعاً وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن لأن الاجارة معقودة على العمل والمدة مذكورة للمعجل فلا يمنع ذلك. فعلى هذا إذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لأنه وفي ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء. آخر كما لو قضى الدين قبل أجله ، وإن مضت المدة قبل العمل فلا مستأجر فسخ الاجارة لأن الاجير لم يف له بشرطه وإن رضي بالبقاء عليه لم يملك الاجير الفسخ لأن الاخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة له الى الفسخ كما لو تعذر اداء المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم اليه الفسخ ويملكه المسلم فإن اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم إذا صبر عند تعذر المسلم فيه الى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه، وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل سقط الاجر والعمل، وإن كان بعد عمل شيء منه فله أجر مثله لأن العقد قد انفسخ فسقط المسعى ورجع إلى أجر المثل

ثلاثة رطل مما شئت جازوه لك ذلك لكن لا يحمله حملاً يضرب بالحيوان فلورأراده حمل خديده أوزن ثوب فينبغي أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضع واحد من ظهره ولا يحمله في وعاء يهوج فيه فيكسد البيمة ويتعيبها وإن أكرى ظهراً للحمل موصوفاً بجنس فاراده حمل على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لأنه لا يملك المطالبة بما لم ينعقد عليه، وإن طلبه المؤجر وكان يفوت به غرض المستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه السكون لكون المحمول مما يضربه المز أو قوتها وصبرها لطول الطريق وثقل الحموله فيعين الابل لم يجز العدول عنه لأنه يفوت غرض المستأجر فلم يجز ذلك، كافي المركوب، وإن لم يفوت غرضاً جاز كما يجوز لمن أكرى على حمل شيء حمل مثله، فإن أكرى بهيمة لحمل ماشاء لم يصح لأنه يدخل فيه ما يقتل البيمة وكذلك إن شرط طاقتها لأنه لا ضابط له

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني معرفة الاجرة بما يحصل به معرفة الثمن قياساً عليه ولا نعلم في ذلك خلافاً وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «من استأجر اجيراً فليعلمه أجره» ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع ، فإن كان العرض معلوماً بالمشاهدة دون القدر كالصبرة جاز في أحد الوجهين كالثمن في البيع والثاني لا يجوز لأنه قد يفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدري بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض السلم والاول أولى لما ذكرنا، وما قاسوا عليه ممنوع ثم الفرق بينهما ان المنفعة ههنا أجريت مجرى الاعيان

(فصل) ومن اكرى دابة إلى العشاء فأخر المدة إلى غروب الشمس ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور آخرها زوال الشمس لان العشاء آخر النهار وآخر النهار النصف الآخر من الزوال ولذلك جاء في حديث ذي البدين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : صلى بنا النبي ﷺ إحدى صلاتي العشي يعني الظهر أو العصر هكذا تفسيره

ولنا قول الله تعالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العتمة ، وقال النبي ﷺ « لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل » وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس لان هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فدل على أن الاولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لان المدة اذا جعلت الى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها الى الليل ، وما ذكره لا يصح لان لفظ العشي غير الفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ، ثم لو ثبت أن معناهما واحد غير أن أهل العرف لا يعرفونه فلا يتعلق به حكم ، وكذلك الحكم فيما اذا اكترها الى العشي لان أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه ، وإن اكترها الى الليل فهو إلى أوله وكذلك إن اكترها الى النهار فهو الى أوله ، وبتخرج أن يدخل الليل في المدة الاولى والنهار في الثانية لما ذكرناه في مدة الخيار والاول أصح ، وإن اكترها نهاراً فهو إلى غروب الشمس ، وإن اكترها ليلة فهي إلى طلوع الفجر في قول الجميع لان الله تعالى قال في ليلة القدر (سلام هي حتى مطلع الفجر) وقال

لأنها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعاقب به معدوم فافترقا وللشافعي نحو ما ذكرنا في هذا الفصل

(فصل) وكل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز عوضاً في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع (١)

(مسئلة) (يجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أوجعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروي عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق ، وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم . وروي عنه ان ذلك جائز في الظئر دون غيرها . اختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة لان ذلك مجهول وإنما جاز في الظئر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) أوجب لمن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لان الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وان لم ترضع ، ولان الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوجة . ولان المنفعة في الرضاع والحضانة غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك . وروي عنه رواية ثالثة ان ذلك لا يجوز بحال في الظئر ولا في غيرها وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لان ذلك يختلف باختلاف كثيراً متبايناً فيكون مجهولاً والاجر من شرطه أن يكون معلوماً

(١) هذا الفصل

بمنه مكرر مع ما ينافي له في صحيفة ١٧ ولا معنى لذكره هنا

ولنا ما روى ابن ماجه عن عتبة بن النذر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى اذا

تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم - ثم قال - فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل (فصل) وإن اكثرى فسطاطاً الى مكة ولم يقل متى أخرج قال كراء فاسد وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي يجوز استحساناً بخلاف القياس

ولنا أنها مدة غير معلومة الابتداء فلم يجوز كما لو قال أجرتك داراً من حين يخرج الحاج الى آخر السنة وقد اعترفوا بمخالفته لدليل وما ادعوه دليلاً لأنهم لم يذكروا دليلاً

(فصل) (الحكم الثالث) أنه يشترط في عوض الاجارة كونه معلوماً لأنهم في ذلك خلافاً وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوماً كالمن في البيع ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء ، فإن كان العوض معلوماً بالمشاهدة دون القدر كالصبرة احتل وجهين أشبهما بالخواز لأنه عوض معلوم يجوز به البيع فجازت به الاجارة كما لو علم قدره (والثاني) لا يجوز لأنه قد ينسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدري بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه والاول أولى ، وظاهر كلام الحنفي أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أجريت بحري الاعيان لانها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم فافترقا وللشافعي نحو مما ذكرنا في هذا الفصل

بلغ قصة موسى عليه السلام قال « ان موسى أجر نفسه ثمانين أو عشرين ألفاً على عفة فرجه وطعام بطنه » وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه . وعن أبي هريرة انه قال كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم إذا نزلوا وأحدوا بهم إذا ركبوا . رواه الأثرم وابن ماجه ، ولأنه فعل من ذكرنا من الصحابة فلم ينكر فكان اجماعاً ، ولأنه قد ثبت في الظن في الآية فيثبت في غيرها باقتباس عاينها ، ولأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كمنفعة الزوجة ، ولأن الكسوة عرفاً وهي كسوة الزوجات وللإطعام عرف وهو الإطعام في الكفارات فجاز إطلاقه كقصد البلد . ونخص أبا حنيفة بأن ما جاز عوضاً في الرضاع جاز في الخدمة كالإثبات

إذا ثبت هذا ونشأنا في قدر الطعام والكسوة رجع في القوت الى الإطعام في الكفارة وفي الملبوس الى أقل ملبوس مثله لأن الإطلاق فيه مجزئ . فيه أقل ما يتناولوه القنط كالكسوة . ويحتمل أن يحمل على الملبوس في الكفارة كالطعوم . قال أحمد إذا نشأنا في الطعام حكم به بمد كل يوم ذهب به الى ظاهر ما أمر الله من إطعام المساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ، ولأن الإطعام مطلق في الموضوعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر ، وليس له إطعام الأجير الا ما يوافقه من الاغذية لأن عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه

(فصل) فإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كصفتها في السلم جاز عند الجميع وإن لم يشترط

(فصل) وكل ما جاز ثمنا في البيع جاز عوضا في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع ، فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا ومنفعة أخرى سواء كان الجنس واحداً كمنفعة دار بمنفعة أخرى أو مختلفا كمنفعة دار بمنفعة عبد ، قال أحمد لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم وبهذا كله قال الشافعي قال الله تعالى اخباراً عن شعيب أنه قال (اني أريد أن انكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) فجعل النكاح عوض الاجارة ، وقال أبو حنيفة فيما حكى عنه لا يجوز اجارة دار بسكنى أخرى ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة لان الجنس الواحد عنده بحرم النساء ، وكره الثوري الاجارة بطعام موصوف ، والصحيح جوازه وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لانه عوض يجوز في البيع فجاز في الاجارة كالذهب والفضة وما قاله أبو حنيفة لا يصح لان المنافع في الاجارة ليست في تقدير النسبة ، ولو كانت نسبة ما جاز في جنسين لانه يكون بيع دين بدين

(فصل) ولو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة بجلدها لم يجز لانه لا يعلم هل يخرج الجلد سليما أو لا وهل هو نخب أو رقيق ، ولانه لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع فلا يجوز أن يكون عوضا في الاجارة كسائر المجعولات فان سلخه بذلك فله أجر مثله ، وإن استأجره أطرح ميتة بجلدها فهو أباح في الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكا وإن فعل فله أجر مثله أيضا

طعاماً ولا كسوة فنفقته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر ، قال ابن المنذر لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرنا وان شرط الأجير طعام غيره وكسوته موصوفاً جاز لانه معلوم فهو ككلو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للأجير ان شاء أطعمه وان شاء تركه ، وان لم يكن موصوفاً لم يجز لان ذلك مجهول احتمال فيما إذا شرطه الأجير الحاجة اليه وجري العادة به فلا يلزم احتماله مع عدم ذلك ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يجز لانه مجهول ولا عرف له يرجع اليه ولا أعلم أحداً قال بجوازه الا أن يشترطه موصوفاً فيجوز (فصل) فان استغني الأجير عن طعام المستأجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الاكل بمرض أو غيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لانه عوض فلا يسقط بالغنى عنه كالدرهم ، وان احتاج الى دواء لمرضه لم يلزم المستأجر لانه لم يشترط له الاطعام الاصحاء لكن يلزمه بقدر طعام الصحيح لان ما زاد على ذلك لم يقع العقد عاياه فلم يلزم كالزائد في القدر

(فصل) فان قبض الأجير طعامه فأحب أن يستفضل بعضه لنفسه وكان المستأجر دفع اليه أكثر من الواجب له ليا كل منه قدر حاجته ويستفضل الباقي أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المستأجر بان يضعف عن العمل أو يقل لان الظئر منع منه لانه في الصورة الاولى لم يملكه وانما أباحه قدر حاجته وفي الثانية على المستأجر ضرر بتقويت بعض منفعته عليه فنجع منه كالجمال اذا امتنع من علف الجمال وان دفع اليه قدر الواجب فقط أو أكثر منه فذلك إياه ولم يكن في تفصيله لبعضه ضرر بالمستأجر جاز لانه ضرر لاحق فيه

(فصل) ولو استأجر راعيا لقيم بثلاث درهما ونسلها وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه لم يجز نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد النسائي لأن الاجر غير معلوم ، ولا يصلح عوضا في البيع ، وقال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ويحفظها وما ولدت من ولد بينهما فقال أكره ذلك ، وبه قال أبو أيوب وأبو خيثمة ولا أعلم فيه مخالفا وذلك لأن العوض مجهول معدوم ولا يدري أيوجد أم لا والاصل عدمه ، ولا يصلح أن يكون ثمنا فان قيل فقد جوزتم دفع الدابة الى من يعمل عليها بنصف ربحها ، قلنا انما جاز ثم تشبيها بالمضاربة لأنها عين تنمي بالعمل فجاز اشتراط جزء من الثمن ، والمساواة بالمضاربة وفي مسئلتنا لا يمكن ذلك لأن النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن الحاقه بذلك ، وإن استأجره على رعايتها مدة معلومة بنصفها أو جزء معلوم منها صح لأن العمل والاجر والمدة معلوم فصح كما لو جعل الاجر دراهم ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك لأنه ملك الجزء المجهول له منها في الحال فيكون له نأؤه كما لو اشتراه

(فصل) (الحكم الرابع) ان الاجارة اذا تمت وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها الى المدة ويكون حدودها على ملكه وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لأنها معدومة فلا تكون مملوكة كالثمرة والولد

على المستأجر أشبه الدرام

(فصل) فان قدم اليه طعاما فذهب أو تلف قبل أكله وكان على مائدة لا يخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر لكونه لم يسلم اليه وان خصه بذلك وسلمه اليه فهو من مال الاجير لأنه يسلم عوضه على وجه التملك أشبه البيع

(فصل) قال أحمد في رواية مهنا لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه وهو أحب إلي من المقاطعة إنما جاز مهنا لأنه معلوم بالمشاهدة وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئا علم جزاء المشاع فيكون أجرا معلوما . واختاره على المقاطعة مع وجودها لأنه ربما يخرج من الزرع مثل الذي قاطع عليه وهما هو أقل منه يقينا

(فصل) يجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها وفيه خلاف ذكرناه . وقد أجمع أهل العلم على استئجار الظئر وهي المرضعة لقول الله تعالى [قان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن] واسترضع النبي ﷺ لولده إبراهيم . ولأن الحاجة تدعو اليه أكثر من الحاجة الى غيره فان الطفل في العادة انما يعيش بالرضاع وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز ذلك كلاجارة في سائر المنافع ، فان استأجرها الرضاع دون الحضانة أو الحضانة دون الرضاع أو لهما جاز ، وان أطلق العقد على الرضاع دخلت فيه الحضانة في أحد الوجهين وهو قول أصحاب الرأي لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الاطلاق عليه

ولنا أن المالك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلية كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجراها صار المستأجر مالكا لتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت مملوكة للمالك العين ثم انتقلت الى المستأجر بخلاف الولد والتمرة فان المستأجر لا يملك التصرف فيها ، وقولهم ان المنافع معدومة فلنا هي مقدرة الوجود لانها جعلت موردا للعقد والعقد لا يرد الا على موجود

(فصل) (الحكم الخامس) أن المؤجر يملك الاجرة بمجرد العقد اذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلا كما يملك البائع الثمن بالبيع وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وابو حنيفة لا يملكها بالعقد فلا يستحق المطالبة بها الا يوما بيوم الا أن يشترط تعجيلها . قال ابو حنيفة إلا أن تكون معينة كاثوب والعبد والدار لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فأمر بإيتائهن بعد الارضاع ، وقال النبي ﷺ « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره » فتعود على الامتناع من دفع الاجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب وروي عنه عليه السلام أنه قال « أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه » رواه ابن ماجه ولانه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فان المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يسلمها لانه يسلمها شيئا فشيئا فلا يجب عليه العوض . ثم تعذر التسليم في العقد

[الثاني] لا تدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لان العقد ما تناولها ولا صاحب الشافعي كذهبن الوجهين ، والحضانة تربية الصبي وحفظه وجعله في سريره وربطه ودهنه وكفله وتنظيفه وغسل خرقه أشباه ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ما تحت الابط وما يليه وسميت التربية حضانة تجوزا من حضانة الطير لبيضة وفراخه لانه يجعلها تحت جناحه فسميت تربية الصبي بذلك أخذا من فعل الطائر (فصل) ولهذا العقد أربعة شروط أحدها العلم بمدة الرضاعة لانه لا يمكن تقديره الاجها لان السقي والعمل فيها يختلف (الثاني) معرفة الصبي بالمشاهدة لان الرضاع يختلف بكبر الصبي وصغره وسهولته وقناعته وقال القاضي يعرف بالصفة كالراكب (الثالث) موضع الرضاع لانه يختلف فيشق عليها في بيته ويسهل في بيتها (الرابع) معرفة العوض لما ذكرنا

(فصل) والمعقود عليه في الرضاع خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فيه والابن تبع كالمصنف في اجارة الصباغ وماء البئر في الدار لان الابن عين فلا يعقد عليه في الاجارة كابن غير الآدمي ، وقيل هو الابن قال القاضي وهو أشبه لانه المقصود دون الخدمة ولهذا لو أرضعته ولم تخدمه استحققت الاجرة ولو خدمته ولم ترضعه لم تستحق شيئا ولان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل الاجر مرتباً على الرضاع فدل على أنه المعقود عليه ولان العقد لو كان على الخدمة لما لزما سقيه لبنها وإنما جاز العقد عليه مع كونه عيناً رخصة لان غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو الى استيفائه وإنما جاز في الآدميين

ولنا انه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالتن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرناه، فاما الآية فيحتمل أنه أراد الايتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها كما قال تعالى [فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم] أي اذا أردت القراءة ولان هذا تمسك بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث يحقنه ان الامر بالايتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله [فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن] والصداق يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه انه انما نوعد على ترك الايتاء بعد الفراغ من العمل ، وقد قلتم يجب الاجر شيئا فشيئا ويحتمل أنه نوعده على ترك الايتاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة

جواب آخر ان الآية والاخبار إنما وردت فيمن استؤجر على عمل فاما ما وقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لمأية ، وأما اذا كانت الاجارة على عمل فان الاجر يملك بالعقد أيضا لكن لا يستحق تسليمه الا عند تسليم العمل . قال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الاجر عند إيفاء العمل وان استؤجر في كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه ، وقال ابو الخطاب الاجر يملك بالعقد ويستحق بالتسليم ويستقر بمضي المدة وانما توقف استحقاق تسليمه على العمل لانه عوض فلا يستحق تسليمه الا مع تسليم المعوض كالصداق والتن في المبيع، وفارق الاجارة على الاعيان

دون سائر الحيوان للضرورة الى حفظ الآدمي والحاجة الى بقائه

(فصل) وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر لبنها ويصلح به والمكثري مطالبتها بذلك لانه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي فان لم ترضعه لکن سقته لبن الغنم أو أطعمته فلا أجر لها لانها لم توف المعقود عليه أشبه ما لو استأجرها لحياطة ثوب فلم تحطه فان دفعته الى خادمها فارضعته فكذلك وبه قال أبو ثور وقال أصحابها أجرها لان رضاعه حصل بفعلها

ولنا أنها لم ترضعه أشبه ما لو سقته لبن الغنم فان قالت أرضعته فانكر المسترضع فالقول قولها لاها مؤتمنة

(مسئلة) (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبدا او وليدة اذا كان المسترضع موسرا)

لما روى أبو داود باسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج بن حجاج الاسلمي عن أبيه قال قلت يا رسول الله ما يذهب عني مذمة الرضاع قال « الفرة أو الامة » قال الترمذي حسن صحيح المذمة بكسر الدال من القدماء وبفتحها من الهمزة قال ابن عقيل انما خص الرقة بالمجازاة دون غيرها لان فعلها من الرضاعة والحضانة سبب حياة الولد وبقائه وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاء هبتها رقبته لتناسب بين النعمة والشكر ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمًا فقال سبحانه (وأما أنكم اللاتي أرضعنكم) وقال النبي ﷺ لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيعتقه ، وان كانت المرضعة مملوكة استحب اعتاقها لانه يحصل أخص الرقاب بها لها وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب

لان تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ومتى كان على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل، وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه فان قيل فان المؤجر إذا قبض الاجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فانه لا يحصل له استيفاء للمنفعة كلها قلنا لا يمتنع هذا كما لو شرطنا التعجيل أو كان الثمن عيناً

(فصل) (الحكم السادس) أنه اذا شرط تأجيل الاجر فهو الى أجله، وإن شرطه منجباً يوماً يوماً أو شهراً شهراً أو أقل من ذلك أو أكثر فهو على ما اتفقا عليه لان اجارة العين كبيعها وبيعها يصح بشئ حال أو مؤجل فكذلك اجارتها

(فصل) واذا استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر لانه قبض العقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع، وإن سلمت اليه العين التي وقعت الاجارة عليها ومضت المدة ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الاجر وإن لم ينتفع لان العقود عليه تلفت تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كتمن المبيع اذا تلف في يد المشتري، وإن كانت الاجارة على عمل فتسلم العقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكتري دابة ليركبها الى حمص فتقبضها ومضت مدة يمكن ركبها فيها فقال أصحابنا يستقر عليه الاجر وهو مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين في يد المشتري وكما لو كانت الاجارة على مدة فمضت، وقال أبو حنيفة لا يستقر الاجر

(فصل) ويجوز للرجل ان يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده والمعلق عتقها بصفة والمأذون لها في التجارة للارضاع لانه عقد على منفعتها أشبه اجارتها للخدمة وليس لواحدة منهن اجارة نفسها لان منفعتها لسيدها فان كان لها ولد لم يجز اجارتها للارضاع الا أن يكون فيها فضل عن ربه لان الحق لولدها ليس لسيدها الا الفاضل عنه فان كانت مزوجة لم تجز اجارتها لذلك الا باذن الزوج لانه يفوت حقه لاشتغالها عنه بالرضاع والحضانة فان أجزها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا تنفسخ الاجارة وللزوج الاستمتاع بها وقت فراغها من الرضاع والحضانة وقال مالك ليس لزوجها وطؤها الا برضى المستأجر لانه ينقص اللبن وقد يقطعه

ولنا أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لامر مشكوك فيه، وليس لسيده اجارة مكاتبته لان منافعتها لها ولذلك لا يمكن تزويجها ولا وطؤها ولا اجارتها لغير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لانه من الاكتساب (مسئلة) وان دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليعمله ولهما عادة باجرة صح ولهما ذلك وان لم يعتقد عقد اجارة وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح

اذا دفع ثوبه الى خياط ليخيطه أو قصار ليقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعرض باجر مثل أن يقول خذ هذا فاعمله وأنا أعلم انك انما تعمله باجر وكان الخياط والقصار متعصبين لذلك ففعلوا ذلك فلهما الاجر وقال أصحاب الشافعي لا أجر لهما لانهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما أشبه ما لو تبرعا بعمله

عليه حتى يستوفي المنفعة لانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمان فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالاجر للاجير المشترك ، فان بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع تلت باختياره في مدة الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت في يده ، وإن بذل تسليم العين وكانت الاجارة على عمل فقال أصحابنا اذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الاجر وبهذا قال الشافعي لان المنافع تلت باختياره

وقال أبو حنيفة لأجر عليه وهو أصح عندي لانه عقد على مافي الذمة فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالسلم فيه ولانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمان فلم يستقر عوضها بالبذل كالأصداق اذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها ، وإن كان هذا في اجارة فاسدة ففيما اذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لأجر عليه لانها لم تلتف تحت يده ولا في ملكه ، وإن قبضها ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن فعن أحمد روايتان (احدهما) عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده وهو قول الشافعي لان المنافع تلتف تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمتها كما لو استوفاه (والثانية) لاشيء له وهو قول أبي حنيفة لانه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد ، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجر المثل ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب أقل الامر من المسمى أو أجر المثل بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد

ولنا ان العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كنفذ البلد وكلو دخل هماما أو جلس في سفينة ملاح ولان شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض فأما أن لم يكن نامتصين لذلك لم يستحقا أجرا الا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به لانه لم يجز عرف يقوم مقام العقد فهو كالو تبرع به أو عمله بغير اذن مالكه وكذلك لو دفع ثوبه الى رجل ليبيعه وكان منتصباً يبيع للناس بأجر مثله فهو كالقصار والحياط فيأذ كر ناله الاجر نص عليه أحمد ، وان لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم ، ومتى دفع ثوبه الى أحدهم ولا ولم يقطع على أجره أجر المثل لان الثياب يختلف أجرها ولم يبين شيئاً يجري مجرى الاجارة الفاسدة ، فان تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لان ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن في الفاسد

(فصل) اذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً الى مكة أو غيرها الى انسان فحملة فوجد المحمول اليه غائباً فردده استحق الاجر لحمله في الذهاب والرد لانه حمله في الذهاب باذن صاحبه صريحاً في الرد تضمننا لان تقدير كلامه وان لم تجد صاحبه فردده اذ ليس سوى رده الا تضيقه وقد علم أنه لا يرضى تضيقه فتعين رده

(مسئلة) (وبجوز اجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة)

وجملة ذلك ان كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز عوضاً في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عيناً أو منفعة أخرى سواء كان الجنس واحداً كمنفعة دار بمنفعة أخرى ومختلفة كمنفعة دار بمنفعة عبد قال أحمد لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم وبه قال الشافعي قال

ولنا ان ما ضمن بالمسمي في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد كالايمان وما ذكره لا نسلمه والله أعلم

(مسئلة) قال (واذا وقعت الاجارة على كل شهر بشيء معلوم لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضي كل شهر)

وجملة ذلك أنه اذا قال أجرتك هذا كل شهر بدرم فاختلف أصحابنا فذهب القاضي الى أن الاجارة صحيحة وهو المنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور واختيار الخزي إلا أن الشهر الاول تلزم الاجارة فيه باطلاق العقد لانه معلوم يلي العقد وله أجر معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتبليس به وهو السكنى في الدار إن كانت الاجارة على دار لانه مجهول حال العقد فاذا تبليس به تعين بالدخول فيه فصح بالعقد الاول، وإن لم يتبليس به أوفسخ العقد عند انقضاء الاول انفسخ، وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي وحكي عن مالك نحو هذا إلا أن الاجارة لا تكون لازمة عنده لان المنافع متغيرة بتقدير الاجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في اللزوم، واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر وأبو عبد الله بن حامد أن العقد باطل وهو قول الثوري والصحيح من قولنا الشافعي لان كل اسم للعدد فاذا لم يقدره كان مبهما مجهولا فيكون فاسدا كما لو قال أجرتك مدة

الله تعالى إخبارا عن شعيب انه قال (إني أريد أن أسكنك إحدى ابنتي هانئ على أن تأجرني ثمانى حجج) فجعل النكاح عوض الاجارة، وقال أبو حنيفة فيما حكي عنه لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى ولا يجوز إلا أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة لان الجنس الواحد عنده يحرم الفساد فيه، وكره الثوري الاجارة بطعام موصوف والصحيح جوازه وهو قول اسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لانه عوض يجوز في البيع فجاز في الاجارة كالذهب والفضة ومأقاله أبو حنيفة لا يصح لان المنافع في الاجارة ليست في تقدير النسبة ولو كانت نسبة ما جاز في جنسين لانه يكون بيع دين بدين

(مسئلة) (وتجوز إجارة الحلي باجرة من جنسه وقيل لا يصح)

تجوز اجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وبه قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن أحمد انه قال في اجارة الحلي ما أدري ماهو قال القاضي هذا محمول على اجارته باجرة من جنسه فاما بغير جنسه فلا بأس لتصريح أحمد بجوازه وقال مالك في إجارة الحلي والثياب هو من المشتبهات ولعله يذهب الى أن المقصود بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الاصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه احتج بأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منه اجزاء وان كانت بسيرة فيحصل الاجر في مقابلتها ومقابلة الانفاق بها فيفضي الى بيع ذهب بذهب وشيء آخر

ولنا انها عين ينتفع بها بمنفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فاشبهت سائر ما يجوز اجارته والزينة من

أو شهر آ ، وهل أبو بكر وابن حبان كلام أحمد في هذا على أن الاجارة وقعت على أشهر معينة ووجه الاول أن عليا رضي الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي ﷺ يأكل منه ، قال علي كنت أدلو الدلو بتمرة واشترطها بجلدة ، وعن رجل من الانصار أنه قال ليهودي أسقي نخلا ؟ قال نعم كل دلو بتمرة واشترط الانصاري أن لا يأخذها خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ إلا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي ﷺ . رواهما ابن ماجه في سننه وهو نظير مسئلتنا ، ولأن شروعه في كل شهر مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى بئذ به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة اذا جرى من المساومة مادل على التراضي بها فعلى هذا متى ترك التلبس به في شهر لم ثبتت الاجارة فيه لعدم العقد ، وإن فسخ فكذلك وليس بفسخ في الحقيقة لان العقد في الشهر الثاني ثابت ، فأما أبر حنيفة فذهب إلى أنهما اذا تلبسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد وهو عذر غير صحيح لان العقد الفاسد في الاعيان لا يلزم بالقبض ولا بضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا الا فيما استوفاه ، وقول ما لك لا يصح لان الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة

(فصل / اذا قال أجرتك داري عشرين شهرا كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف فعله لان المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال لانها مدة واحدة فأشبهه ما لو قال أجرتك عشرين

المقاصد الاصلية فان الله تعالى امتن بها علينا بقوله (اتركوها وزينة) وقوله (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التملي واللباس ما حرم على الرجال الحاجة من الى التزين للازواج وأسقط الزكاة عن حاليين معونة لمن على اقتنائه ، وما ذكره من نقصها بالاحتكاك لا يصح لان ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظهر في وزن ولو ظهر فالاجر في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الاجزاء لان الاجر في الاجارة انما هو عوض المنفعة كافي سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز اجارة أحد النقيدين بالآخر لافضائه الى انفراق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض

(فصل / ولو استأجر من يسألخه بهيمة بجلدها لم يجوز لانه لا يعلم هل يخرج الجلد سليما أولا وهل هو تخين أو رقيق ؟ ولانه لا يجوز أن يكون عوضا في البيم فلا يجوز أن يكون عوضا في الاجارة كسائر المجهولات فان سألخه بذلك فله أجر مثله وان استأجره لطرح ميتة بجلدها فهو أبلغ في الفساد لان جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكا وله أجر مثل ان فعل

(فصل) ولو استأجر راعيا فغير بثالث ذرها ووصفها وشعرها ونسلها أو نصفه أو جميعه لم يجز نص عليه أحمد في رواية سعيد بن محمد النسائي لان الاجر غير معلوم ولا يصلح عوضا في البيم ، قال اسمعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة الى الرجل على أن يعلفها ويحفظها ولدها بينهما فقال اكره ذلك وبه قال ابو ايوب وابو خيثمة ولا أعلم فيه مخالفا لان العوض معدوم مجهول لا يدري ايو جدام لا ، والاصل عدمه

شهرأ بعشرين درهما ، وإن قال آجرتكما شهرأ بدرم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الاول لأنه أفردته بالعقد وبطل في الزائد لأنه مجهول ، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال : آجرتكما كل شهر بدرم لأن معناهما واحد ، ولو قال آجرتكما هذا الشهر بدرم وكل شهر بعد ذلك بدرم أو قال بدرمين صح في الاول وفيما بعده وجهان

(فصل ، والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسخها وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لأنها عقد معاوضة فكان لازما كالبيع ، ولأنها نوع من البيع وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلم باسم وسواء كان له عذر أو لم يكن ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز للمكثري فسخها لعذر في نفسه مثل أن يكتري جهلا ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضييع نفقته أو يكتري دكانا للبر فيحترق متاعه وما أشبه هذا لأن العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما لو استأجر عبداً فأبق ولنا أنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها الغير عذر فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه كالبيع ، ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكثري لجاز لعذر المسكري تسوية بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن كل واحد من العاقدين ولم يجز ثم فلا يجوز ههنا وينارق الأباق فإنه عذر في المعقود عليه

ولا يصلح أن يكون ثمناً، فإن قيل فقد جوزتم دفع الدابة الى من يعمل عليها بنصف مغلها قلنا إنما جازتم تشبيها بالمضاربة ولأنها عين تنمي بالعمل فجاز اشتراط جزء من الثمن كالمضاربة والمساواة وفي مسئلتنا لا يمكن ذلك لأن الثمن الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن إلحاقه بذلك، وذكر صاحب المحرر رواية أخرى أنه يجوز بناء على ما إذا دفع دابته أو عبده بجزء من كسبه والاول ظاهر المذهب لما ذكرنا من الفرق، وعلى قياس ذلك إذا دفع نمله الى من يقوم عليه بجزء من عسله وشمعه يخرج على الروايتين فإن اكتراه على رعيها مدة معلومة بجزء معلوم منها صح لأن العمل والمدة والاجر معلوم فصح كالموجع الاجر درهم ويكون الثمن الحاصل بينهما بحكم الملك لأنه ملك الجزء المجهول له منها في الحال فكان له نماؤه كالمواشرا

(مسئلة) وان قال ان خطت التوب اليوم فلاك درهم وان خطته غدا فلاك نصف درهم فهل يصح ؟

على روايتين)

(إحداهما) لا يصح وله أجر المثل تقبها أبو الحارث عن أحمد وهو مذهب مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كالمواشرا بعثك بدرم نقداً وبدرمين نسيئة (والثانية) يصح وهو قول الحارث العكلي وأبي يوسف ومحمد لأنه سمي لكل عمل عوضاً معلوماً فصح كالمواشرا كل دلو بتمرة ، وقال أبو حنيفة إن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غدا لم يزد على درهمين وقد ينقص عن نصف درهم لأن المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وقد رضي في أكثر العمل

(مسئلة) قال (ومن استأجر عقاراً مدة بعينها فبدا له قبل تقضيها فقد لزمت له الاجرة كاملة)

وجملته أن الاجارة عقد لازم يقتضي تملك المؤجر الاجر والمستأجر المنافع فاذا فسخ المستأجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنفسخ الاجارة والاجر لازم له ولم يزل ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه ، قال الاثرم قلت لأبي عبد الله رجل اكرى بغير أهلها قدم المدينة قال له فاسخني ، قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء ، قلت فان مرض المستكرى بالمدينة فلم يجمل له فسخه ، وذلك لانه عقد لازم بين الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب عليه كالبيع

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة اجارة العقار قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والدواب جائز ولا تجوز اجارتها إلا في مدة معينة معلومة ولا بد من مشاهدته وتحديد فانه لا يصير معلوماً الا بذلك ولا يجوز اطلاقه ولا وصفه وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور اذا ضبط بالصفة أجراً ، وقال أصحاب الرأي له خيار الرؤية كقولهم في البيع ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على البيع ، والخلاف هنا مبني على الخلاف في البيع ولم يكتف بالصفة لانه لا يصير معلوماً الا بالرؤية كما لا يعلم في البيع ، الا بذلك فان كان داراً أو حماماً احتاج الى مشاهدة البيوت لان الغرض

بدرم فلا يزداد عليه وهذا لا يصح لانه ان صح العقد فله المسمى وان فسد فوجوده كعدمه فيجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة

(مسئلة) (وإن قال ان خطته رومياً فذلك درهم ، وان خطته فارسياً فذلك نصف درهم فهل

يصح ؟ على وجهين)

بناء على التي قبلها والخلاف فيها كالتي قبلها الا أن أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة وهنا ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعثك هذا بدرم أو هذا بدرمين ، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين (أحدهما) أن العمل الثاني ينضم إلى العمل الاول ولكل واحد منهما عوض مقدر فأشبهه ماله قال بعثك هذه الصبرة كل قبض بدرم وهنا الخياطة واحدة بشرط فيها عوضاً إن وجدت على صفة وعوضاً إن وجدت على أخرى أشبهه ماله باعة بعشرة صحاح أو إحدى عشرة مكسرة (والثاني) أنه وقف الاجارة على شرط بقوله ان خطته كذا فذلك كذا وان خطته كذا فذلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) نقل منها عن أحمد فبمن استأجر من جمال الى مصر بأربعين ديناراً فان نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فان نزل الرقة فكراؤه عشرون ، فقال إن اكرى الى الرقة بعشرة واكرى الى دمشق بعشرة والى مصر بعشرة جاز ولم يكن للجمال أن يرجع فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الاول

يختلف بصرفها وكبرها ومراقبتها ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة ما. الحمام إمامن قناة أو بئر فإن كان من بئر احتاج إلى مشاهدتها ليعلم عمقها ومؤنة استسقاء الماء منها ومشاهدة الأتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ما. الحمام، فتي أدخل بهذا أو بعضه لم تصح للجحالة بها يختلف الغرض به (فصل) وكراه أحمد كراه الحمام وسئل عن كراهته فقال أخذني فقيل له إذا شرط على المكتري أن لا يدخله أحد بغير أزار فقال ومن يضبط هذا؟ وكأنه لم يعجبه قال ابن حامد هذا على طريق الكراهة تنزيها لا تحريما لانه تبدو فيه عورات الناس فتحصل الاجارة على فعل محظور فكرهه لذلك فاما العقد فصحيح وهذا قول أكثر أهل العلم. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ان كراه الحمام جائز إذا حددته وذكر جميع آياته شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لان المكتري انما يأخذ الاجر عوضاً عن دخول الحمام والاعتسال بهائه وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وان وقع من بعضهم فعل مالا يجوز لم يحرم الاجر المأخوذ منه كالأول أكثرى داراً ليسكنها فشرب فيها خمرأ

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يتصرف مالك العقار فيه الا عند تقضي المدة)

وجعلته أن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع ويؤول ملك المؤجر عنها كما

لانه في معنى بيعتين في بيعه لكونه خيره بين ثلاثة عقود، ويتخرج فيه أن يصح بناء على المسئلتين قبل هذا، ونقل عن أحمد في رجل استأجر رجلاً يحمل له كتاباً إلى الكوفة وقال ان أوصات الكتاب يوم كذا فلك عشرة وان تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذي قبله ﴿مسئلة﴾ (وان أكره دابة وقال ان رددتها اليوم فكرأؤها خمسة وان رددتها غدا فكرأؤها عشرة فقال أحمد لا بأس به

نقل عبد الله فيمن أكره دابة وقال ان رددتها غدا فكرأؤها عشرة، وان رددتها اليوم فكرأؤها خمسة لا بأس به، وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة والظاهر عن أحمد برواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد على قياس بيعتين في بيعه، وقال القاضي يصح في اليوم الاول دون الثاني بقياس حديث علي والانصاري صحته فان علياً أجر نفسه ليهودي يستقي له كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري وسند كره ﴿مسئلة﴾ (وان أكره دابة عشرة أيام بعشرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم فقال أحمد في رواية أبي الحارث هو جائز) ونقل ابن منصور عنه فيمن أكره دابة من مكة إلى جدة بكذا فان ذهب إلى عرفات بكذا فلا بأس، ونقل عبد الله عنه لو قال أكرهتها بعشرة فما حبسها فعليه في كل يوم عشرة أنه يجوز وهذه الروايات تدل على أن مذهبه أنه متى قدر لكل عمل معلوم أجرأ معلوماً صح، وتناول القاضي هذا كله على أنه يصح في الاول ويفسد في الثاني لان مدته

يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيها لأنها صارت مملوكة لغيره كما لا يملك البائع التصرف في المبيع ، فإن تصرف فيها نظرنا فإن كان ذلك في حال بدا للمستأجر قبل تقضي المدة مثل أن يكتري داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمال أن يفسخ العقد فيما استوفاه المالك لأنه يتصرف فيه قبل قبض المكتري له فأشبه ما لو تلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه . فعلى هذا أن تصرف المالك في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ما تصرف فيه دون ما لم يتصرف فيه ويكون على المستأجر ما بقي ، فلو سكن المستأجر شهراً وتركها شهراً وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين وإن سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بقسط ذلك مما على المستأجر من الأجر ويلزمه الباقي لأنه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه فأشبه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري له وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى والاجارة وغيرها ، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء . وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها إلى المستأجر والاول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وإن تصرف المالك قبل تسليم العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجباً واحداً لأن العاقد قد ألتف المعقود عليه قبل تسليمه فأنفسخ العقد كما لو باعه طعاماً فألتفه قبل تسليمه ، وإن سلمها إليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ويجب أجر الباقي بالخصه كالمبيع إذا سلم بعضه وألتف بعضاً

غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أفقزة بدرهم وما زاد فيحسب ذلك . قال شيخنا : والظاهر عن أحمد خلاف هذا فإن قوله فهو جائز عادي إلى جميع ما قبله وكذلك قوله لا بأس ، ولأن لكل عمل عوضاً معلوماً فيصح كماله استغنى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الأصل بالخبر الوارد فيه ومسائل الصبرة لا نص فيها عن الإمام وقياس نصوصه صحة الاجارة وإن سلم فسادها فلان القفران التي شرط عملها غير معلومة بتعيين ولاصفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهااتها بخلاف الأيام فاتها معلومة

(مسألة) (ونص أحمد على أنه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاته)

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون خفيفاً

ولنا أن المدة مجبولة والعمل مجهول فلم يجوز كما لو أكثرها لمدة سفره في تجارته ولأن مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجوز التقدير بها كثيراً من الاسفار المجبولة فإن فعل ذلك فله أجر المثل كالأجارات الفاسدة

(مسألة) (وإن سعى لكل يوم شيئاً معلوماً فجاز)

(مسئلة) قال (فان حوله المالك قبل تقضي المدة لم يكن له اجرة لما سكن)

يعني اذا استأجر عقارا مدة فسكنه بعض المدة ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الاجرة ، وقال أكثر الفقهاء له أجر ما سكن لانه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة فلزمه عوضه كالبيع اذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته كما لو تعذر استيفاء الباقي لامر غالب ولنا أنه لم يسلم اليه ماعقد الاجارة عليه فلم يستحق شيئا كما لو استأجره ليحمل كتابا فحمله بعض الطريق أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعا فحفر له عشرةا وامتنع من حفر الباقي، وقياس الاجارة على الاجارة اولى من قياسها على البيع ، ويفارق ما إذا امتنع لامر غالب لان له عذرا ، والحكم فيمن اكرى دابة فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة أو آجر نفسه أو عبده للخدمة مدة وامتنع من اتمامها أو آجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شيء الى مكان وامتنع من اتمام العمل كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه وأنه لا يستحق شيئا لما ذكرنا

(فصل) اذا هرب الاجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الاجارة لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ فان فسخ فلا كلام وان لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضي المدة يوما فيوما فان عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها

وقال الشافعي لا يصح لان مدة الاجارة مجهولة . ولنا أن عليا رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري فلم ينكره النبي ﷺ ولان كل يوم معلوم مدته وأجره فصح كالأجره شهر أو كل يوم بدرهم أو استأجره لنقل صبرة معلومة كل قفيز بدرهم . اذا ثبت هذا فلا بد من تعيين ما يستأجر له من ركوب أو حمل معلوم ، ويستحق الاجر المسمى لكل يوم سواء أقامت أو سارت لان المنافع ذهبت في مدته أشبه مالوا اكثرى دارا وغلقها ولم يسكنها

(مسئلة) (وان أكره كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمرة فالمنصوص عن أحمد أنه يصح وكلما دخل شهر لزمها حكم الاجارة ولكل واحد منهما الفسخ عند انقضاء كل شهر ، وقال أبو بكر وابن حامد لا يصح) اختلف أصحابنا في ذلك فقال القاضي يصح ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو اختيار الحرقي لان الشهر الاول يلزم الاجارة فيه باطلاق العقد لانه معلوم يلي العقد وأجره معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى في الدار ان أجره دارا لانه مجهول حال العقد فاذا تلبس به تعين الدخول فيه فصح بالعقد الاول ، وان لم تلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الاول انفسخ وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن مالك نحو هذا الا أن الاجارة لا تكون لازمة عنده لان المنافع مقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة الا في الازوم واختار أبو بكر عبد العزيز وابن حامد وابن عقيل أن العقد لا يصح وهو قول الثوري والصحيح

فإن انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه وإن كانت الاجارة على موصوف في الذمة كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من عمله كما لو أسلم إليه في شيء فهرب أبيع من ماله فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ فإن فسخ فلا كلام وإن لم يفسخ وصبر إلى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل لأن ما في الذمة لا يفوت بهربه، وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل إن لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل فاما إن شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال

(مسئلة) قال (فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الاجر بمقدار مدة انتفاعه)

وجهه أن من استأجر عينا مدة فحبل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من اقسام ثلاثة (أحدها) أن تتلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت فذلك على ثلاثة أضرب (أحدها) أن تتلف قبل قبضها فإن الاجارة تنفسخ بغير خلاف لعلمه لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فاشبه ما لو تلف الطعام المبيع

من قول الشافعي لأن كل اسم للعدد فإذا لم يقدره كان مجهولاً فيكون فاسداً كقوله أجرتك أشهراً وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد على أنه وقع على أشهر معينة . ووجه الاول أن علياً استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي ﷺ فأكل منه قال كنت أدلو الدلو بتمرة واشترطها جلدة وعن رجل من الانصار انه قال ليهودي أسقي نخلك ؟ قال نعم كل دلو بتمرة فاشترط الانصاري أن لا يأخذ خدره ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ الا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي ﷺ . رواهما ابن ماجه وهو نظير مسألة اجارة الدار، ونص في المسئلة الاخرى، ولأن شروعه في كل شهر مع ما تقدم العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى يبذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة إذا وجد من المساومة مادل على التراضي بها، فعلى هذا متى ترك التلبس به في شهر لم تلزم الاجارة فيه لعدم العقد وكذلك ان فسخ وليس يفسخ في الحقيقة لأن العقد الثاني ماثبت والقياس يقتضي عدم الصحة لأن العقد تناول جميع الاشهر وذلك مجهول ثم لا وجه لاعتبار الشروع في الشهر الذي يلي الاول مع كون الشهور كلها داخلة في اللفظ ، فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنهما إذا تلبسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد ، قال شيخنا ولا يصح هذا العذر لأن العقد الفاسد في الاعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا الا فيما استوفاه وقول مالك لا يصح لأن الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة

قبل قبضه (الثاني) أن تلتف عقيب قبضها فإن الاجارة تنفسخ أيضا ويسقط الاجر في قول عامة الفقهاء الا أبا ثور حكى عنه أنه قال يستقر الاجر لان المعقود عليه ألتف بعد قبضه أشبه المبيع وهذا غلط لان المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فاشبه تلفها قبل قبض العين (الثالث) أن تلتف بعد مضي شيء من المدة فإن الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ماضى ويكون المؤجر من الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة قال أحمد في رواية ابراهيم بن الحارث اذا اكترى بعيرا بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ماركب وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداها وتلفت الاخرى قبل قبضها ثم ننظر فإن كان أجر المدة متساويا فعليه بقدر ماضى ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الاجر وإن كان قد مضى الثلث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي، وإن كان مختلفا كدار أجراها في الشتاء أكثر من أجراها في الصيف وأرض أجراها في الصيف أكثر من الشتاء أو دار لها موسم كدور مكة رجم في تقويمه الى أهل الخبرة ويقسط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع وكذلك لو كان الاجر على قطع مسافة كبير استأجره على حمل شيء الى مكان معين وكانت متساوية الاجزاء أو مختلفة فهذا ظاهر مذهب الشافعي

(فصل) اذا قال أجرتك دارى عشرين شهرا كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف لان المدة معلومة والاجر معلوم وليس لواحد منهما نسخ بحال لانها مدة واحدة فأشبهه ما لو قال أجرتك عشرين شهرا بعشرين درهما، فإن قال أجرتكها شهرا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الاول لانه أفرد به بالعقد وبطل في الزائد لانه مجهول، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال أجرتكها كل شهر بدرهم لان معناهما واحد، ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم أو بدرهمين صح في الاول وفيما بعده وجهان لما ذكرنا

(فصل) في مسائل الصبرة وهي عشر مسائل (احداها) أن يقول استأجرتك لحل هذه الصبرة الى مصر بعشرة فهي صحيحة بغير خلاف فعلمه لان الصبرة معلومة بالمشاهدة فجاز الاستئجار عليها كالمعلم كيلها (الثانية) قال استأجرتك تحملها كل قفيز بدرهم فيصح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز ويبطل فيما زاد، ومبنى الخلاف على الخلاف في بينهما وتذكرناه (الثالثة) قال لتحملها لي قفيزا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك فيجوز كما لو قال كل قفيز بدرهم وكذلك كل لفظ يدل على ارادة حمل جميعها كقوله لتحمل قفيزا منها بدرهم وسائرهما أو باقيا بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد باقيا كله إذا فها ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو لقريئة صرفت اليه (الرابعة) قال لتحمل قفيزا منها بدرهم وما زاد فبحساب ذلك يريد مها حملته من باقيا فلا يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان المعقود عليه بعضها وهو مجهول . ويحتمل أن يصح لانه في معنى كل دلو بتمرة (الخامسة) قال لتحمل لي منها كل

(فصل) القسم الثاني أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو اقتطع ماؤها فهذه ينظر فيها فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالثالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بعروة الدار والأرض لوضع حطب فيها أو نصب خيمة في الأرض التي استأجرها المزرع أو صيد السمك من الأرض التي غرقت انفسخت الاجارة أيضاً لان المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت فانفسخت الاجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصاح الا لتدور في الرحى . وقال القاضي في الأرض التي ينقطع ماؤها لا تنفسخ الاجارة فيها وهو منصوص الشافعي لان المنفعة لم تبطل جملة لانه يمكن الانتفاع بعروة الأرض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبهه ما لو نقص نفعها مع بقاءه ، فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والامضاء فإن فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات ، وإن اختار امضاء العقد فعليه جميع الاجر لان ذلك عيب فاذا رضي به سقط حكمه فإن لم يختر الفسخ ولا الامضاء اما لجهله بأن له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لان بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كما في البيع ، ولو كان النفع الباقي في الاعيان مما لا يباح استيفاءه بالعقد كدابة استأجرها المركوب فصارت لا تصاح الا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجهاً واحداً لان المنفعة الباقية لا بد لك استيفائها مع سلامتها فلا يملكها من نعيمها كبيعها ، وأما ان أمكن الانتفاع

قفيز بدرم فهي كالرابعة سواء (السادسة) قال لتحمل لي منها قفيزاً بدرم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلا يصح لانه في معنى بيعتين في بيعة . ويحتمل أن يصح لان معناه لتحمل لي كل قفيز منها بدرم (السابعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرم وتقل لي صبرة أخرى في البيت بحساب ذلك ، فإن كانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيها لانها كالصبرة الواحدة وإن جهل أحدهما صح في الاولى وبطل في الثانية لانهما عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال بعتك عدي هذا بعشرة وعدي الذي في البيت بعشرة [الثامنة] قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فإن كانا يعلمان التي في البيت صح فيها وإن جهلاها بطل فيها لانه عقد واحد بعرض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التي قبلها . فإن كانا يعلمان التي في البيت لكنها منصوبة أو امتنع تصحيح العقد فيها لما منع اختصاصها بطل العقد فيها ، وفي صحته في الاخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة الا أنها إن كانت قفزاتها معلومة أو قدر إحداها معلوم من الاخرى فالأولى صحته لان قسط لاجر فيها معلوم ، وإن لم يكن كذلك فالأولى بطلانه لجهالة العرض فيها (التاسعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرم فإن زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لانها معلومة ولم يصح في الزيادة لانها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على ما يشك فيه (العاشرة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرم فإن قدم لي طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضاً في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرنا

بالعين فيما اكترها له على نعت من القصور مثل أن يمكنه زرع الارض بغير ماء أو كان الماء ينحسر عن الارض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار اما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الاجارة لان المنفعة المعقود عليها لم تنزل بالمسكنية فأشبهه مالو تعيبت والمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرناه الا في الدار اذا تهدمت فان فيها وجهين (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة (والثاني) تنفسخ لانه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها ، فأما ان كان الحادث في العين لا يضرها كغرق الارض بماء ينحسر في قرب من الزمان لا يمنع الزرع ولا يضره وانقطاع الماء عنها اذا ساق المؤجر اليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج اليه فيه فليس المستأجر الفسخ لان هذا ليس بعيب ، وإن حدث الغرق المضر أو انقطاع الماء أو تهدم بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكتري الخيار في بقية العين لان الصفقة تبعضت عليه فان اختار الامساك أمسك بالحصصة من الاجر كما اذا تلف أحد الففيزين من الطعام في يد البائع

(فصل) القسم الثالث أن تفصب العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ لان فيه تأخير حقه فان فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل لان المعقود عليه لم يفت مطلقا بل الى بدل وهو القيمة فأشبهه مالو أتلف الثمرة المبيعة آدمي قبل قطعها وبتمخرج انفساخ

(فصل) قال المصنف رحمه الله [الثالث أن تكون المنفعة مباحة مقصودة فلا يجوز على الزنا والزمر والغناء ولا اجارة دار ليجعلها كنيسة أو بيت نار ، أو لبيع الخمر أو القمار]
وجملة ذلك ان من شرط صحة الاجارة أن تكون المنفعة مباحة فان كانت محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء لم يجوز الاستئجار لفعله وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور ، وكره ذلك الشعبي والنخعي لانه محرم فلم يجوز الاستئجار عليه كاجارة الامة للزنا . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال اجارة النائحة والغنية

(فصل) ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء أو نوحا ، وقال أبو حنيفة يجوز . ولنا انه انتفاع بمحرم أشبه ما ذكرناه ، ولا يجوز الاستئجار على كتب شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك (فصل) ولا تجوز اجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة ، وقال أبو حنيفة ان كان بيتك في السواد فلا بأس وخالفه صاحباه ، واختاف أصحابه في تأويل قوله ولنا انه فعل محرم فلم تجز الاجارة عليه كاجارة عبده للفجور ، ولو اكترى ذمي من مسلم داراً فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه ، وبذلك قال الثوري . وقال أبو حنيفة إن كان بيتك في السواد والجبل فله أن يفعل ما يشاء . ولنا انه محرم جاز المنع منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة

العقد بكل حال على الرواية التي تقول ان منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي في ذلك اختلاف ، وإن زادت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة مخيراً كما ذكرنا ، وإن كانت الأجرة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء إلى موضع معين فغصب جله الذي يحمل عليه وعبدته الذي يخطط له لم يفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الاجر بعوض المفسوب وإقامة من يعمل العمل لان العقد على ما في الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فردده فإن تعذر البذل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المفسوبة فيستوفى منها (فصل) (القسم الرابع) أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها مثل أن يأبق العبد أو تشرد الدابة وقد ذكرنا حكم ذلك فيما قبل هذا

(فصل) (القسم الخامس) أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمنع الخروج الى الارض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لانه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين، ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها الى مكان معين فالتقطعت الطريق اليه لخوف حادث أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الأجرة ، وإن أحب ابقاءها الى حين امكان

(مسئلة) (ولا يجوز الاستئجار على حمل الميتة والخمر وعنه يصح للعمر أكل أجرته)

لايجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشتريها أو يأكل الميتة ولا على حمل خنزير لذلك ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة يجوز لان العمل لا يتعين عليه بدليل انه لو حمله مثله جاز لانه لو قصد إراقته أو طرح الميتة جاز . وقد روي عن أحمد فيمن حمل خنزيراً لذية أو خيراً لنصراني أكره أكل كرائته ولكن يقضى للعامل بالكراه فاذا كان لمسلم فهو أشد . قال القاضي : هذا محمول على انه استأجره ليريقها فأما للشرب فمحذور لا يحل أخذ الاجر عليه

قال شيخنا : وهذا تأويل بعيد لقوله : أكره أكل كرائته وإذا كان لمسلم فهو أشد والمذهب خلاف هذه الرواية لانه استئجار لفعل محرم فلم يصح كالزنا ، ولان النبي ﷺ لعن حاملها والمحمولة اليه . وقول أبي حنيفة لا يتعين يطل بما لو استأجر أرضاً ليتخذها مسجداً ، فأما حمل الخمر لراققتها والميتة لطرحها والاستئجار لكسح الكنيف فجائز لان ذلك مباح ، وقد استأجر النبي ﷺ أباطيبة فحجمه . وقال أحمد في رواية ابن منصور فيمن يؤاجر نفسه لنظارة كرم نصراني : يكره ذلك لان الاصل في ذلك راجع الى الخمر (فصل) قد ذكرنا ان الاستئجار لكسح الكنيف جائز الا انه يكره له أكل أجرته كأجرة

الحجام بل هذا أولى . وقد روى سعيد بن منصور ان رجلاً حج وأتى ابن عباس فقال له اني رجل أكنس فمأزى في مكسي ؟ قال أي شيء . تكنس ؟ قال العذرة ، قال : ومنه حججت ومنه تزوجت ؟ قال نعم . قال أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث . ونحو هذا . ولان فيه دناءة فكره

استيفاء المنفعة جاز لان الحق لهما لا بعد وهما ، فاما ان كان الخوف خاصا بالمستأجر مثل أن يخاف وحده اقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لانه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فاشبه مرضه وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك فسخ الاجارة لذلك لانه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختيارا

(فصل) وإذا اكترى عينا فوجد بها عيبا لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه ، قال ابن المنذر اذا اكترى دابة بعينها فوجد بها جوحا أو عضوضا أو نفورا أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركبها فلم يكتري الخيار ان شاء ردها وفسخ الاجارة وان شاء أخذها وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي ولانه عيب في المعقود عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيع العيائن ، والعيب الذي يرد به ما تنقص به قيمة المنفعة كعثر الظفر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة وريص البهيمة بالحمل وكونها جوحا أو عضوضا أو أشباه ذلك ، وفي المكتري للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص ، وفي الدار انه دام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من ثرها أو تغيره بحيث يمتنع الشرب والوضوء ، وأشابه ذلك من النقائص ، ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكتري

كالجمامة . وإنما قلنا بجواز الاجارة عليه لدعو الحاجة اليه ولا يتدفع ذلك الا بالاباحة فجاز كالجمامة (فصل) ويشترط أن تكون المنفعة مقصودة فلا يجوز استئجار شمع ليتجمل به ويرده ولا طعام ليتجمل به على مائدته ثم يرده ولا النقود ليتجمل بها الدكان لأنها لم تخاق لذلك ولا تراد له فبذل العوض فيه سفه وأخذه من أكل المال بالباطل ، وكذلك استئجار ثوب ليوضع على سرير الميت لما ذكرنا (فصل) (قال الشيخ رحمه الله) والاجارة على ضربين (أحدهما) اجارة عين . فتجوز اجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها (كالارض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفساطيط والخيال والخيام والحامل والسرير والجام والسيف والرمح وأشباه ذلك . وقد ذكرنا بعض ذلك في مواضعه) (مسألة) (ويجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه) إذا كان الخشب معلوما والمدة معلومة وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يجوز . ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها فجازت الاجارة عليها كاستئجار السطح لنوم عليه

(مسألة) (ويجوز استئجار حيوان لبيص به إلا الكلب)

يجوز استئجار الفهد والبازي والصقر ونحوه للصيد في مدة معلومة لان فيه نفعاً مباحاً تجوز إعارته فجازت إجارته له كالذابة ، فأما اجارة سباع البهائم والطير التي لا تصلح للصيد فلا تجوز اجارته لانه لا نفع فيها وكذلك اجارة الكلب والخنزير لانه لا يجوز بيعه . ويتخرج جواز اجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لان فيه نفعاً مباحاً تجوز إعارته له فجاز اجارته له كغيره . ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

خيار الفسخ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً ، فإذا حدث العيب فقد وجد مثل قبض الباقي من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيما بقي منها ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، وإن رضي المقام ولم يفسخ لزمه جميع العوض لأنه رضي به ناقصاً فأشبهه بالو رضي بالمبيع معيباً ، وإن اختلفا في الموجود هل هو عيب أولاً؟ رجع فيه إلى أهل الخبرة فإن قالوا ليس بعيب مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أو أنها تنعب راكبها لكونها لا تتركب كثيراً فليس له فسخ ، وإن قالوا هو عيب فله الفسخ هذا إذا كان العقد يتعلق بعينها فاما إن كانت موصوفة في الذمة لم يفسخ العقد وعلى المكري ابدالها لأن العقد لم يتعلق بعينها أشبه المسلم فيه إذا سلمه على غير صفته فإن عجز عن ابدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه فلمسكتري الفسخ أيضاً

(فصل) وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام لأن عليه التمكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع فوجب عليه ، فإن ضاعت بغير تفریط من المكثري فعلى المكري ابدالها أمانة في يد المكثري فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها ، وعليه بناء حائط إن سقط وابدال خشبه إن انكسر ، وعليه تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزل ومجرى الماء لأن بذلك يتمكن من الانتفاع وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكثري وأما التحسين والتزيين فلا يلزم واحداً منهما لأن الانتفاع ممكن بدونهما وأما تنقية البالوعة والسكنف فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء فعلى المكري لأن ذلك مما يتمكن به من

(مسئلة) (ويجوز استئجار كتاب ليقرأ فيه إلا المصحف في أحد الوجهين)

تجوز اجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها من القراءة فيها والنسخ منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج اليه . وهذا مذهب الشافعي ، ومقتضى قول أبي حنيفة أنه لا تجوز اجارتها لأنه علل منع اجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر اليه ولا تجوز الاجارة لمثل ذلك كما لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر إلى عمله

ولنا أن فيه نفعاً مباحاً يحتاج اليه تجوز الاعارة له فجازت الاجارة له كسائر المنافع . وفارق النظر إلى السقف فإنه لا حاجة اليه ولا جرت العادة بالاعارة من أجله ، وتجوز اجارة كتاب فيه خط حسن ينقل منه ويكتب عليه على قياس ذلك

(فصل) وفي اجارة المصحف وجهان [أحدهما] لا يصح اجارته لأنه لا يصح بيعه إجلالاً لكتاب الله تعالى وكلامه عن المعاوضة به وابتداله بالتمن في البيع والاجرة في الاجارة [والثاني] يصح وهو مذهب الشافعي لأنه انتفاع مباح تجوز الاعارة من أجله فجازت اجارته كسائر الكتب ، ولا يلزم من عدم جواز البيع عدم جواز الاجارة كالحر

(فصل) والذي يحرّم بيعه تحرّم اجارته إلا الحر والوقف وأم الولد فإنه يجوز اجارته وإن حرّم بيعها ، وما عدا ذلك لا تجوز اجارته ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

٣٣ اذا شرط على مكثري الحمام أن نمدته تعطيله عليه لم يصح (المغني والشرح الكبير)

الانتفاع، وإن امتلأت بفعل المكثري فعليه تفريقها وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور هو على رب الدار لأن به يتمكن من الانتفاع فأشبه ما لو اكثري وهي ملأى وقال أبو حنيفة القياس أنه على المكثري والاستحسان أنه على رب الدار لأن عادة الناس ذلك

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكثري فكان عليه تنظيمه كما لو طرح فيها قاشا والقول في تفريغ حية الحمام التي هي مصرف الماء كالقول في بالوعة الدار، وإن انقضت الاجارة وفي الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي

(فصل) وإن شرط على مكثري الحمام، أو غيره أن مده تعطيله عليه لم يجز لانه لا يجوز أن يؤثر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته لانه يؤدي الى أن يكون انتهاء مدة الاجارة مجهولا فإن أطلق وتعطل فهو عيب حادث والمكثري بالخيار بين الامساك بكل الاجر وبين الفسخ، ويتخرج أن له ارش العيب قياساً على المبيع المعيب، وإن لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الاجارة فعليه الاجر كله لانه استوفى المعقود عليه فأشبه ما لو علم العيب بعد المقد فرضيه، ويتخرج أن له ارش العيب كما لو اشترى معيباً فلم يعلم عيبه حتى أكله أو تلف في يده (فصل) وإن شرط الانتفاع على العين المنفعة الواجبة على المكثري كحمام إذا شرطها على المكثري فالشرط فاسد لأن العين ملك للمؤجر فنفقتها عليه، وإذا أنفق بناء على هذا احتسب به على

(مسئلة) (ويجوز استئجار النقد للتحلي والوزن لا غير)

إذا كان في مدة معلومة وبه قول أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الآخر انه لا يجوز اجارتها لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا تضمن منفعتها بقصبتها فأشبهت الشمع ولنا انها عين أمكن الانتفاع بهام بقاء عينها منفعة مباحة فأشبهت الحلي، وفارق الشمع فانه لا ينتفع به إلا بما يتألف عينه

(مسئلة) (فإن أطلق الاجارة لم يصح في أحد الوجهين ويصح في الآخر وينتفع بها في ذلك)

وهذا اختيار أبي الخطاب لأن منفعتها في الاجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن نحمل الاجارة عند الاطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقاً فانه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها، فعلى هذا ينتفع بها فيما شاء منهما، وقال القاضي لا تصح الاجارة وتسكون قرصاً وهذا مذهب أبي حنيفة لأن الاجارة تقتضي الانتفاع والمعتاد بالدرام والدنانير إنما هو باعياًها فإذا أطلق الانتفاع حل على الانتفاع المعتاد، وقال أصحاب الشافعي لا تصح الاجارة ولا تكون قرصاً لأن التحلي ينقصها والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز اطلاقها، ولا يجوز أن يبربها عن القرض لأن القرض يملك للعين والاجارة تملك المنفعة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر، ولأن التسمية والالفاظ تؤخذ نقلاً ولم يعهد في اللسان التعبير بالاجارة عن القرض، قال شيخنا وقول أبي الخطاب أصح

المكربي لانه أنفق على ملكه بشرط العوض ، فان اختلفا في قدر ما أنفق فالقول قول المكربي لانه منكروا ، فان لم يشترط لكن أذن له في الانفاق ليعتسب له من الاجر ففعل ثم اختلفا فالقول قول المكربي أيضا ، وان أنفق من غير اذنه لم يرجع بشيء لانه أنفق على ماله بغير اذنه نفقة غير واجبة على المالك فاشبه ما لو عمر دارا له اخرى

(مسئلة) قال (ومن استؤجر لعمل شيء بعينه فرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة على المريض)

وجملة ذلك أنه يجوز استئجار الأدي بغير خلاف بين أهل العلم وقد أجمروا على السلام نفسه لرعاية الغنم واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجليهما على الطريق وذكر النبي ﷺ رجلا استأجر أجرا كل أجير بفرق من ذرة وقال « انما مثلكم ومثل أهل الكتاب كمثل رجل استأجر أجرا فقال من يعمل لي من غدوة الى نصف النهار على قبر اطقير اطقير؟ فعملت اليهودي ، ثم قال من يعمل لي من نصف النهار الى العصر على قبر اطقير اطقير؟ فعملت النصراني ، ثم قال من يعمل لي من العصر الى غروب الشمس على قبر اطين قبر اطين؟ فعملتم انتم فغضبت اليهود والنصارى وقالوا نحن أكثر عمالا وأقل أجرا فقال هل ظلمتكم من أجركم شيئا؟ قالوا لا قال فانما هو

ان شاء الله تعالى لان العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده وقد أمكن حملها على إجارتها للجهة التي تجوز إجارتها فيها ، وقول القاضي لا يصح لماذا ذكرنا ، وما ذكر أصحاب الشافعي من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد فان ذلك يسير لا أثر له فوجوده كعدمه

(فصل) ويجوز أن يستأجر نخلا ليحفف عليها الثياب ويسطها عليها ليستظل بظلها ولا أصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكره في الأمان

ولنا انها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك النابتة وذلك لان الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فمجاز في إحداها يجوز في الاخرى ولانها شجرة فمجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ولانها منفعة مقصودة يمكن استيفائها مع بقاء العين فمجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة

(فصل) ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وقطع الكافور والندلشمه للمرضى وغيرهم مدة ثم يرد لانها منفعة أشبهت الوزن والتحلي مع انه لا ينفك من اخلاق وبلى

(فصل) يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلي فيه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لان فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة بحال فلا يجوز الاجارة لذلك

ولنا ان هذه منفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقائها فمجاز استئجار العين لها كالمسكن ويفارق الصلاة فانها لا تدخل النيابة فيها بخلاف المسجد

(مسئلة) (ويجوز استئجار ولده لخدمته وامراته لرضاع ولده وحضانه)

فضلي أوتيه من أشاء، ولأنه يجوز الانتفاع به مع قبا، عينه فجازت اجارته كاللدور، ثم اجارته تقع على ضربين (أحدهما) استئجاره مدة بعينها لعمل بعينه كاجارة مومي عليه السلام نفسه بماني حجج واستئجار الاجراء المذكورين في الخبر (والثاني) استئجاره على عمل معين في الذمة كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر دليلا يدلها على الطريق واستئجار رجل لحياطة قميص أو بناء حائط، ويتنوع ذلك نوعين (أحدهما) أن تقع الاجارة على عين كاجارة عبده لرعاية غنمه أو ولده لعمل معين (والثاني) أن تقع على عمل في الذمة كحياطة قميص وبناء حائط فتى كانت على عمل في ذمة فرض وجب عليه أن يتم مقامه من عمله لأنه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاؤه كالمسلم فيه ولا يجب على المستأجر انظاره لأن العقد باطلا فبطلت التعجيل وفي التأخير اضرار به، فأما أن كانت الاجارة على عبده في مدة أو غيرها فمريض لم يتم غيره مقامه لأن الاجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء، في ذمته وعمل غيره ليس معقوداً عليه وإنما وقع العقد على معين فأشبهه ما لو اشترى معيناً لم يجوز أن يدفع اليه غيره ولا يبدله بخلاف ما لو وقع في الذمة فإنه يجوز ابدال المعيب، ولا يفسخ العقد بتلف ما تسلمه والمبيع المعين بخلافه، فكذلك الاجارة، وإن كانت الاجارة على عمل في الذمة لكنه لا يقوم غير الاجير مقامه كالنسخ فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف اقامة غيره مقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك أن بذله الاجير لأن الغرض لا يحصل من غير النسخ كحصوله منه فأشبهه ما لو أسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره وهكذا كل ما يختلف باختلاف الاعيان

يجوز استئجار ولده لخدمته كلاجني واستئجار أمه وأخته وابنته لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف كلاجانب، فأما استئجار امرأته لرضاع ولده منها فيجوز في الصحيح من المذهب قال الخرقي أن أرادت الأم أن ترضع ولدها باجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في جبال الزوج أو مطلقة وقال القاضي لا يجوز وتناول كلام الخرقي على أنها في جبال زوج آخر وهو قول أصحاب الرأي وحكي عن الشافعي لأنه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه آخر لذلك

ولنا أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ولأن منافعتها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل أنه لا يملك إجبارها على ذلك ويجوز أن تأخذ عليها العوض من غيره فجاز لها أخذه منه كمن مالها، قولهم أنها استحققت عوض الحبس والاستمتاع قلنا هذا غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر كما لو استأجرها ثم تزوجها، وتناول القاضي كلام الخرقي بخالف الظاهر من وجهين (أحدهما) أن الالف واللام في الزوج للمعهود وهو أبو الطفل (الثاني) أنها إذا كانت في جبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع إلا بآذن زوجها ففسد التأويل

(مسئلة) (ولا نصح الاجارة الا بشروط خمسة أحدها أن يعقد على نعم العين دون أجزائها)

(فصل) يجوز الاستنجار لحفر الآبار والانهار والقني لانها منفعة معلومة يجوز أن يتطوع بها الرجل على غيره فجاز عقد الاجارة عليه كالخدمة، ولا بد من تقدير العدل بمدة أو عمل معين فان قيده بمدة نحو أن يقول استأجر لك شهراً لتحفر لي بئراً أو شهراً لم يحتاج الى معرفة القدر، وعليه أن يحفر ذلك الشهر قليلاً حفر أو كثيراً، ويحتاج الى معرفة الارض التي يحفر فيها، وقال بعض أصحابنا لا يحتاج الى معرفتها لان الغرض لا يختلف بذلك، والاول أولى ان شاء الله لان الارض قد تكون صلبة فيكون الحفر عليه شاقاً، وقد تكون سهلة فيسهل ذلك عليه، وان قدره بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة لان المواضع تختلف بالسهولة والصلابة ولا ينضبط ذلك بالصفة، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه لان العمل يختلف بذلك فاذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لأنه لا يمكنه الحفر إلا بذلك فقد تضمنه العقد فان تهوى تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله وكان على صاحب البئر لانه سقط فيها من ملكه ولم يتضمن عقد الاجارة رفعه، وان وصل إلى صخرة أو جهاد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لان ذلك مخالف لما شاهده من الارض وانما اعتبرت مشاهدة الارض لانها تختلف، فاذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فاذا فسخ كان له من الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقي وما عمل، فيقال كم أجر ما عمل؟ وكم أجر ما بقي؟ ويقسط الاجر المسمى عليهما، ولا يجوز تقسيطه على عدد الاذرع لان أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه، وان نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا

(فصل) ويجوز الاستنجار لضرب الابن لما ذكرنا ويكون على مدة أو عمل فان قدره بالعمل

لان الاجارة بيع المنافع فأما الاجزاء فلا تدخل في الاجارة فلا يصح اجارة الطعام للاكل ولا الشمع ليشعله لان هذا لا ينتفع به الا بالتلاف عينه فلم يجوز كما لو استأجر ديناراً لينفقه، فان استأجر شمعة ليسرجها ويرد بقيتها وثمن ما ذهب وأجر الباقي فهو فاسد لانه يشمل بيعاً واجارة وما وقع عليه البيع مجهول واذا جهل البيع جهل المستأجر أيضاً فيفسد العقدان

(مسألة) (ولا يجوز استنجار حيوان لياخذ لبنه)

كاستنجار الابل والبقرة والغنم لياخذ لبنها أو ليسترضعها لسخالها ونحوها ولا لياخذ صوفها وشعرها ووبرها ولا استنجار شجرة لياخذ ثمرتها أو شيئاً من عينها لما ذكرناه

(مسألة) (الا في الظئر ونفع البئر يدخل تبعاً)

أما الظئر فقد سبق ذكرها، وأما نفع البئر فقال ابن عقيل يجوز استنجار البئر ليستقي منه أياً ما معلومة ودلاً معلومة لان هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه، فأما الماء فيؤخذ على أصل الاباحة

(فصل) ولا يجوز استنجار الفحل لضرب وهو ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي

احتاج الى تبين عدده وذكر قابله وموضع الضرب لان الاجر يختلف باختلافه لكون التراب في بعض الاماكن اهلل والماء اقرب فان كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز كما اذا كان المكبال معروفا وان قدره بالطول والعرض والسلك جاز ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب اذا لم يكن معروفا لان فيه غورا وقد يتلف القالب ولا يصح كما لو اسلم في مكبال بعينه

(فصل) ويجوز الاستئجار لبناء وتقديره بالزمان أو العمل فان قدره بالعمل فلا بد من معرفة موضعه لانه يختلف أيضا بقرب الماء وسهولة التراب، ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من لبن وطين أو حجر وطين أو شيد وآجر أو غير ذلك، قال ابن أبي موسى وإذا استأجره لبناء الف لبنة في حائطه أو استأجره يبني له فيه يوما فعلم ما استأجره عليه ثم سقط الحائط فله أجره لانه وفي العمل، وان قال ارفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه ثم سقط فعليه إعادة ما سقط. وأمام ما وقعت عليه الاجارة من الزرع، وهذا اذا لم يكن سقوطه في الاول لأمر من جهة العامل فاما ان فرط أو بناء محلولاً أو نحو ذلك فسقط فعليه اعادته وغرامة ما تلف منه

(فصل) ويجوز الاستئجار لتطين السطوح والحيطان وتجبصها ولا يجوز على عمل معين لان الطين يختلف فنه رقيق وثخين وأرض السطح تختلف فمنها العالي ومنها النازل وكذلك الحيطان فلذلك لم يجز الاعلى مدة (فصل) ويجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه أو حديث أو شعرا مباحا أو سجلات نص

وخرج أبو الخطاب وجها في جوازه بناء على إجارة الظئر للرضاع لان الحاجة تدعو اليه وهو قول الحسن وابن سيرين

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفعل متفق عليه ولان المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الاجارة لاستيفاء عين فهو كاجارة الغنم لأخذ لبنها، ولان الماء محرم لاقية له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة، فأما من أجازته فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين، وقيل يقدره بالمدة وهو بعيد فان من أراد إطراق فرسه مرة يقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وربما لا يحصل الفعل في المدة ويتعذر ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل الا أن يكثر في خلا لإطراق ماشية كثيرة كتيس يتركه في غنمه فانه انما يكثره مدة معلومة. والمذهب أنه لا يجوز اجارته لما ذكرناه فان احتاج الى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل السكراء، وليس للمطرق أخذه لان ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها فجاز كشراء الاسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه، وان أطرق انسان فحله بغير اجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس لانه فعل معروفا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدي هدية فحوزي عليها

(مسئلة) (الثاني معرفة العين برؤية أو صفة في أحد الوجهين ويصح في الآخر بدونه والمستأجر خيار الرؤية)

عليه في رواية مثنى بن جامع وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم يره بأساً ، ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل فان قدره بالعمل ذكر عدد الاوراق وقدرها وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ودقة القلم وغلظه فان عرف الخط بالمشاهدة جاز وان أمكن ضبطه بالصفة ضبطه والا فلا بد من مشاهدته لان الاجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الاجر باجزاء الفرع ويجوز باجزاء الاصل المنسوخ منه وان قاطعه على نسخ الاصل باجر واحد جاز واذا أخطأ بالشئ اليسير الذي جرت العادة به عفي عنه لان ذلك لا يمكن التحرز منه ، وان أسرف في الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ، قال ابن عقيل وليس له محادثة غيره حالة النسخ ولا التشاغل بما يشغل مره ويوجب غلظه ولا لغيره تحديده وشغله وكذلك كل الاعمال التي تختل بشغل السر والقلب كالقصاراة والنساجة ونحوهما (فصل) ويجوز أن يستاجر من يكتب له مصحفاً في قول أكثر أهل العلم وروي ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثورو وابن المنذر ، وقال ابن سيرين لا بأس أن يستاجر الرجل شهراً ثم يسيكته مصحفاً ، وكره علامة كتابة المصحف بالاجر ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القرية فكره الاجر عليه كالصلاة . ولنا أنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الاجر عليه ككتابة الحديث وقد جاء في الخبر « أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله » (فصل) ويجوز أن يستاجر لحصاد زرع ، ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم ، وكان إبراهيم بن آدم يؤجر

يشترط معرفة العين المستأجرة بالمشاهدة إن كانت لا تنضبط بالصفات ، أو بالصفة ان كانت تنضبط قياساً على البيع ، وفيه وجه آخر أنه لا يشترط ويثبت للمستاجر خيار الرؤية وهو قول أصحاب الرأي ، والخلاف ههنا مبني على الخلاف في البيع ، وقد ذكرناه والمشهور الاول . فعلى هذا اذا كانت مما لا ينضبط بالصفة كاللدور والحمام فلا بد من رؤيتها كالبيع لان الغرض يختلف بصغرها وكبرها ومراقبتها ومشاهدة قدر الحمام ايعلم كبرها من صغرها ومعرفة مائه ومشاهدة الايوان ومطرح الرماط وموضع الزبل ومصرف ماء الحمام ، فتي أخل بهذا أو بعضه لم يصح للجهالة بما يختلف به الغرض ، وقد كره أحمد كراء الحمام لانه يدخله من يكشف عورته فيه قال ابن حامد هو على طريق كراهة التنزيه دون التحريم فاما العقد فصحيح في قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن كراء الحمام جائز اذا حدده وذ كر جميع آله شهوراً مسماة وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لان المكثري انما يأخذ الاجر عوضاً عن دخول الحمام والاغتسال بمائه وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وان وقع من بعضهم فعل مالا يجوز لم يحرم الاجر المأخوذ منه كما لو أكثرى داراً ليسكنها فشرب فيها خراً

(مسألة) (الثالث القدرة على التسليم فلا تصح اجارة الآبق والشارد والمغصوب من غير

خاصية اذا لم يقدر على أخذه منه) لانه لا يمكن تسليم المعقود عليه فلم تصح إجارته كبيع

(مسألة) (ولا يجوز اجارة المشاع مفرداً لغير شريكه وغنه ما بديل على الجواز)

نفسه لحصاد الزرع ويجوز أن يقدره بمدة وبعمل معين مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين، ويجوز أن يستأجر رجلاً اسقي زرعاً وتنقيته ودياسه ونقله إلى موضع معين، ويجوز أن يستأجر رجلاً ليعتطب له لأنه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع . قال أحمد في رجل استأجر أجيراً على أن يعتطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمار آخر ويأخذ منه الاجرة فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الاجير بقيمة ما استضرر باستغلاله عن عمله لأنه قال : ان كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر ، وظاهر هذا انه اذا لم يستضرر لا يرجع بشيء . لأنه اكثره لعمل فوقاه على التمام فلم يلزمه شيء . كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله، فإن ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوت عليه ويحتمل انه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره لأنه صرف منافعه المعقود عليها الى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه وقال القاضي معناه أنه يرجع عليه بالاجر الذي أخذه من الآخر لان منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره .

(فصل) ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس فادونها ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا يجوز في النفس لان عدد الضربات تختلف وموضع الضربات غير متعين إذ يمكن أن يضرب من ممالي الرأس ومن ممالي الكتف فكان مجهولاً

قال أصحابنا لا تجوز اجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤثر الشريك معاً وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح اجارته كالغصوب ، يحقق ذلك أنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب الشريك ولا ولاية له على مال شريكه ، واستار أبو حفص "مكبري جوازه ، وقد أومأ اليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ويحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفرد ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ، ومن نصر الاول فرق بين محل النزاع وبين ما اذا أجره الشريك أو أجره لشريكه فإنه يمكن التسليم الى المستأجر فأشبه اجارة الغصوب من غاصبه دون غيره ، وان كانت لواحد فاجر نصفها صح لأنه يمكنه تسليمه ثم ان أجر نصفها الآخر للمستأجر الاول صح لامكان تسليمه اليه ، وان أجره لغيره ففيه وجهان كالمسئلة التي قبلها لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره اليه ، وان أجر الدار لاثنتين لكل واحد منهما نصفها فكذلك لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد اليه

(فصل) ولا تجوز اجارة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الاثرم فقال ان أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز ، وان كان في عمل شيء . جاز وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر تجوز لأنه يجوز له اجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كاجارته من المسلم ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر واذلاله له واستخدامه أشبه البيع ، بحقيقته أن عقد

ولنا أنه حق يجوز التوكيل في استيفائه لا يختص فاعله بكونه من أهل القرية فجاز الاستئجار رجليه كالتقصاص في الطرف، وقوله أن عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخيطة الثوب فإن عدد الغرزات مجهول، وقوله أن محله غير متعين قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كوضع الخيطة من حاشية الثوب والاجر على المقتص منه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور، وقال أبو حنيفة ومالك هو على المستوفى لأنه غير متعين فليس على المقتص منه إلا التمكين كما لو اشترى ثمرة نخلة

ولنا أنه أجر يجب لا يفاء حق فكان على الموفي كأجر السكّال والوزان وما ذكره غير صحيح فإن القطم مستحق عليه بخلاف الثمرة بدليل أنه لو مكته من القطم فلم يقطع وقطعه آخر لم يسقط حق صاحب القصاص ولو كان التمكين تسليبا لسقط حقه كالثمرة

(فصل) ويجوز استئجار رجل ليدله على طريق فإن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبد الله بن أريقط هاديا خريتا وهو الماهر بالهداية ليدلها على طريق المدينة، ويجوز استئجار كمال ووزان لعمل معلوم أو في مدة معلومة وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا، وقد روي في حديث سويد بن قيس أنانا رسول الله ﷺ فاشترى منارجل سراويل وثم رجل يزن بأجر فقال رسول الله ﷺ « زن وأرجح » رواه أبو داود ويجوز استئجار رجل ليلزم غريما يستحق ملازمته وسئل أحمد عن ذلك فقال لا بأس قد شغله، وقال في موضع آخر : غير هذا أعجب

الاجارة للخدمة يتعين فيها حبسه مدة الاجارة واستخدامه، والبيع لا يتعين فيه ذلك فاذا منع فالمنع من الاجارة أولى، فالما أن أجر نفسه منه في عمل معين في القدمة كخيطة ثوب جاز بغير خلاف نعلمه لأن عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو ثمرة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره، وكذلك الانصاري ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن اذلال المسلم ولا استخداما فأشبهه بمبايعته فإن أجر نفسه منه لغير الخدمة مدة معلومة جاز أيضا في ظاهر كلام أحمد لقوله : وإن كان في عمل شيء جاز ونقل عنه أحمد بن سعيد لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي وهذا مطلق في نوعي الاجارة، وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك وأشار الى ما رواه الاثرم واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع، والصحيح ما ذكرنا فإن كلام أحمد يدل على خلاف ما قاله، وأنه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته للعمل وهذا اجارة للعمل، ويفارق البيع فإن فيه إثبات الملك على المسلم ويفارق اجارته للخدمة لئلا يتضمنها الاذلال

(فصل) قل إبراهيم الحربي أنه سئل عن الرجل يكثر في الديك ليوقفه لوقت الصلاة لا يجوز لأن ذلك يقف على فعل الديك، ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصيح وقد لا يصيح وربها صاح بعد الوقت

(مسألة) (الشرط الرابع اشمال العين على المنفعة)

الي كرهه لانه يؤول الى الخصومة وفيه تضيق على مسلم ولا يأمن أن يكون ظالماً فيساعده على ظله لكنه جائز في الجملة لان الظاهر أنه محق فان الظاهر أن المالك لا يحكم الا بحق ولهذا أجزنا الموكل فله (فصل) ويجوز أن يستأجر سمساراً يشتري له ثياباً ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي وكرهه الثوري وحامد

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء ويجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجر عشرة أيام يشتري له فيها لان المدة معلومة والعمل معلوم أشبه الخياط والقصار فان عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً صح أيضاً ، وإن قال كلما اشتريت ثوباً فلاك درهم أجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بضمن جاز ، وإن لم يكن كذلك فظاهر كلام أحمد انه لا يجوز لان الثياب تختلف باختلاف أثمانها والاجر يختلف باختلافها فان اشترى فله أجر مثله وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لانه عمل عملاً بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة (فصل) وإن استأجره ليبيع له ثياباً بغيرها صح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لان ذلك يتعذر عليه فأشبهه ضرب الفحل وحمل الحجر الكبير

ولنا أنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كسراء الثياب ولنا يجوز عقد الاجارة عليه مقدراً بضمن فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة ، وقولهم إنه غير ممكن لا يصح فان الثياب

فلا يجوز استئجار بهيمة زمنة للعمل ولا أرض لا تنبت الزرع لان الاجارة عقد على المنفعة ولا يمكن تسليم هذه المنفعة من هذه العين فلا يجوز اجارها كالعبد الا بق (مسئلة) (الخامس كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها)

لانه تصرف فيما لا يملكه ولا اذن فيه ماله فلم يجز كيجه ، وبجمله أن يجوز وبقف على اجازة المالك بناء على بيع العين بغير إذن مالكها

(مسئلة) (يجوز للمستأجر اجارة العين لمن يقوم مقامه من المؤجر وغيره)

يجوز للمستأجر اجارة العين المستأجرة اذا قبضها نص عليه أحمد وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يجوز لان النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه ، ولانه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجز كبيع المسكيل والموزون قبل قبضه ، والارل أصبح لان قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة وبهذا الاصل يعطل قياس الرواية الأخرى . إذا ثبت هذا فانه لا يجوز اجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لان هذه المنفعة صارت مملوكة له فله أن يستوفيها بنفسه وبنائيه ، والمستأجرة لا يجوز اجارها لمن هو أكثر ضرراً منه ولا لمن يخالف ضرره ضرره لما نذكره

لا تنك عن راغب فيها ولذلك صحت المضاربة ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه فانه متعذر ، وإن استأجره على شراء ثياب معينة احتمل أن لا يصح لان ذلك لا يكون الا من واحد وقد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع ، وإن استأجره في البيع لرجل بعينه فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها ، ويحتمل أن يصح لانه ممكن في الجملة فان حصل من ذلك شي استحق الاجر والا بطلت الاجارة كما لو لم يعين البائع ولا المشتري

(فصل) ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشي معلوم وسوا . كان الاجير رجلا أو امرأة حراً أو عبداً وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لانه تجوز النيابة فيه ولا يختص عامله بكونه من أهل القرية ، قال احمد أجير المشاهرة يشهد الاعياد والجمعة ولا يشترط ذلك ، قيل له فيطوع بالركعتين ؟ قال مالم يضر بصاحبه انما أباح لذلك لان أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها ، وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الاجير ركعات السنة ، وقال ابو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها ، وقال احمد يجوز للرجل أن يستأجر الامة والحرة للخدمة واكن يصرف وجهه عن النظر ليست الامة مثل الحرة ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر اليها متجردة ولا إلى شعرها انما قال ذلك لان حكم النظر بعد الاجارة كحكم قبلها ، وفرق بين الامة والحرة لانهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها

(فصل) فاما اجارتها قبل قبضها فتجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين وهو قول بعض الشافعية لان قبض العيين لا ينتقل به الضمان اليه فلم يقف جواز التصرف عليه ، والثاني لا يجوز وهو قول أبي حنيفة ، والمشهور من قول الشافعي لان المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالاعيان ، وأما اجارتها المؤجر قبل القبض فاذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر ففيها ههنا وجهان (أحدهما) لا يجوز كغيره (والثاني) يجوز لان القبض لا ينعذر عليه بخلاف الاجنبي وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه وهل يصح من بائعه على روايتين وتجوز اجارتها من المؤجر بعد قبضها وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يجوز لانه يؤدي الى تناقض الاحكام لان التسليم مستحق من المكري فاذا اكترها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه وهو تناقض

ولنا أن كل عقد جاز مع الاجنبي جاز مع العاقد كالبيع وما ذكره لا يصح لان التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فانه يستحق عليه تسليم العين ، فاذا اشتراها استحق تسليمها فان قبل التسليم ههنا مستحق في جميع المدة قلنا للمستحق تسليم العين ، وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فاذا تعذرت المنافع بثلث الدار أو غصبها رجع عليها لانها تعذرت بسبب كان في ضمانه

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا مات المكري والمكثري أو أحدهما فالاجارة بحالها)

هذا قول مالك والشافعي وإسحاق والبيهقي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث تنفسخ الاجارة بموت أحدهما لان استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لانه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر فاذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت الى ورثته فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها لانه ما عقد مع الوارث ، واذا مات المستأجر لم يكن إيجاب الاجر في تركته

ولنا انه عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المقعود عليه كما لو زوج أمته ثم مات وما ذكره لا يصح فانا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع وملك عليه الاجرة كاملة في وقت العقد ثم يلزمهم مالو زوج أمته ثم مات ولو صح ما ذكره لكن وجوب الاجر ههنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعد موته كما لو حفر بئرا فوقه فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله لان سبب ذلك كان منه في حال الحياة كذا ههنا

(فصل) وإن مات المكثري ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائبا كن بموت في طريق مكة ويخلف جملة الذي اكتراه وليس له عليه شيء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم

﴿ مسألة ﴾ (وتجاوز إيجارها بمثل الاجرة وزيادة ، وعنه لا يتجاوز بزيادة ، وعنه ان جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا)

إذا قلنا يتجاوز إجارة العين المستأجرة جازت بمثل الاجرة وزيادة نص عليه أحمد ، وروي عن عطاء والحسن والزهري وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد لا يتجاوز بزيادة تروى كراهة ذلك عن ابن المسيب وأبي سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والنخعي وعنه إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا فان فعل تصدق بالزيادة روي ذلك عن الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لانه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح مالم يضمن ولانه يربح فيما لم يضمن فلم يجز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه ويخالف ما إذا عمل فيها فان الربح في مقابلة العمل ، وعن أحمد رواية أخرى ان أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز

ولنا أنه عقد يتجاوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث فيها عمارة لا يقابلها جزء من الاجر ، وأما الخبر فان المتأق قد دخلت في ضمانه من وجه بدليل أنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، والقيام على بيع الطعام قبل قبضه لا يصح فانه لا يتجاوز وان لم يربح فيه ، وتعليقهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغي بما إذا كنس الدار ونظفها فان ذلك يزيد في أجرها عادة والله أعلم

مقامه فظاهر كلام أحمد أن الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة لانه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر عن منفعة العين فأشبهه مالو غصبت ، ولأن بقاء العقد ضرر في حق المكثري والمكثري لأن المكثري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكثري يمتنع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه وقد نقل عن أحمد في رجل أكرى بـ يراً فمات المكثري في بعض الطريق فإن رجع البعير خاليا فعليه بقدر ماوجب له ، وإن كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء إلى الموضع ، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة إذا مات المستأجر ولم يبق به انتفاع لانه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فأشبهه مالو أكرى من يقطع له ضرره فبراً أو انقطع قبل قلعه أو أكرى كحالا ليكمل عينه فبراً أو ذهبت ، ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لأن الوارث يقوم مقام الموروث ، وتأولها القاضي على أن المكثري قبض البعير ومنع الورثة الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لانه لا يفسخ بعذر في المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكنها ولا يصح هذا لانه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئاً من الاجر ، ويفارق هذا مالو حبس المستأجر لأن المعقود عليه انتفاعه وهذا لا يؤيس منه بالحبس فانه في كل وقت يمكن خروجه من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة إما بأجر أو غيره بخلاف الميت فانه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه فأشبهه ما ذكرنا من الصور

(فصل) وسئل أحمد عن الرجل يتقبل العمل من الاعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل ؟ قال ما أدري هي مسألة فيها بعض الشيء ، قلت أليس كان الحياض أسهل عندك إذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل في العمل شيئاً ؟ قال إذا عمل فهو أسهل . قال النخعي لا بأس أن يتقبل الحياض الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكاً أو إبراً فإن لم يعين فيها بشيء فلا يأخذن فضلاً . وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله بناء على مذهبه في أن من استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة ، وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لانه إذا جاز أن يقبله بمثل الاجر الاول جاز بزيادة عليه كالبيع وكاجارة العين

(مسألة) (والمستعبر اجارته إذا أذن له الميعر مدة بعينها)

لانه لو أذن له في بيعها جاز فكذلك إذا أذن له في اجارته ولأن الحق له فجاز بأذنه ولا بد من تعيين المدة في الاذن لأن الاجارة عقد لازم لا تجوز الا مدة معينة

(مسألة) (وتجاوز اجارة الوقف) لأن منافعه مملوكة للوقوف عليه فجاز اجارته للمستأجر

(مسألة) (فإن مات المؤجر فانتقل الى من بعده لم تفسخ الاجارة في أحد الوجهين)

ولثاني حصته من الاجر لانه أجر ملكه في زمن ولايته فلم يطل بموته كما لو أجر ملكه الطلق

(فصل) إذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة فمات في أثناءها وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة لانه أجر ملكه في زمن ولايته فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه المطلق (والثاني) تنفسخ الاجارة فيما بقي من المدة لانا تبيننا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين أحدهما له والاخرى لغيره وذلك لان المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ولا ولاية بخلاف المطلق فان المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل الى الوارث والمنافع التي أجرها قد خرجت عن ملكه بالاجارة فلا تنتقل الى الوارث والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنهم ولا ولاية له عليهم فلم يصح ، ويتخرج أن تبطل الاجارة كلها بناء على تفريق الصفة وهذا التفصيل مذهب الشافعي ، فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الاجر كله وقتلنا تنفسخ الاجارة فلم ينتقل اليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاجر وإن قلنا لا تنفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على التركة بحصته

(فصل) وإن أجر الولي الصبي أو ماله مدة فبلغ في أثناءها فقال أبو الخطاب ليس له فسخ الاجارة لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه ويحتمل أن تبطل الاجارة

(والثاني) تنفسخ الاجارة فيما بقي من المدة لانا تبيننا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين أحدهما له والاخرى لغيره بخلاف المطلق فان المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه ، وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل الى الوارث والمنافع التي أجرها قد خرجت عن ملكه بالاجارة فلا تنتقل الى الوارث ، والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الاول كان ملكا لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير اذنهم ولا ولاية له عليهم ويتخرج أن تبطل الاجارة كلها بناء على تفريق الصفة وهذا التفصيل مذهب الشافعي فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الاجر كله وقتلنا تنفسخ الاجارة فلم ينتقل اليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الاجر . وان قلنا لا تنفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على التركة بحصته

(مسألة) (وإن أجر الولي اليتيم أو ماله مدة فبلغ في أثناءها فليس له فسخ الاجارة . ذكره أبو الخطاب) لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه ، ويحتمل أن تبطل الاجارة فيما بعد البلوغ لزوال الولاية لما ذكرنا في اجارة الوقف . ويحتمل أنه إذا أجره مدة يتحقق فيها بلوغه وهو أن يؤجر ابن أربع عشرة سنة فيبطل في السادس عشر لانا نتيقن أنه أجره فيها بعد بلوغه ، وهل يصح في الخامس عشر ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفة ، وإن لم يتحقق فيها بلوغه

فما بعد زوال الولاية على ما ذكرنا في اجارة الوقف ، ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها - مثل أن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة فتبطل في السادس عشر لاننا نتيقن أنه أجره فيها بعد بلوغه، وهل تصح في الخامس عشر ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة - وبين ما إذا لم يتحقق بلوغه في أثنائها كالذي أجره في الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ما قد ذكرنا في صدر الفصل لاننا لو قلنا يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق بلوغه فيها أقضى الى أن يعقد على جميع منافعه طول عمره، وإلى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح لانه لا يمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للأبد ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا بلغ الصبي فله الخيار لانه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة اذا عتقت تحت زوج

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب اذا زوج ولده وما قاسوا عليه انما يثبت لها الخيار اذا عتقت تحت عبد لاجل العيب لا لما ذكره، ولهذا لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار ، وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية الى غيره لم يبطل عقده لانه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، ويفارق مالو أجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثنائها لانه أجر ملك غيره بغير اذنه في مدة لا ولاية له فيها وهما انما يثبت للولي

كالذي أجره الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ما ذكرنا في صدر الفصل، لأننا لو قلنا يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق فيها بلوغه أقضى الى أن يعقد على منافعه طول عمره وإلى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح لانه لا يمكن تقدير مدته فانه انما يعقد للأبد ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة اذا بلغ الصبي فله الخيار لانه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه فاذا ملك ثبت له الخيار كالامة إذا عتقت تحت زوج

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فاذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب إذا زوج ولده والامة إنما يثبت لها الخيار اذا عتقت تحت عبد لاجل العيب لا لما ذكره، بدليل أنها لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار، وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل عقده لانه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، ويفارق مالو أجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثنائها لانه أجر ملك غيره بغير اذنه في مدة لا ولاية له فيها ، وهما انما يثبت للولي الثاني التصرف فيما لم يتصرف فيه الاول وهذا العقد قد تصرف فيه الاول فلم يثبت للثاني ولاية على ما تناوله الخبر

(مسألة) (فان أجر السيد عبده مدة ثم أعنته في أثنائها صح العتق)

ولم يبطل عقد الاجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشي . وهذا أحد قولي

الثاني الولاية في التصرف فيما لم يتصرف فيه الاول وهذا العقد قد تصرف فيه الاول فلم تثبت الثاني ولاية على ماتناوله

(فصل) وإن أجر عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها صح العتق ولم يبطل عقد الاجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشيء وهذا جديد قولي الشافعي وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لان المنافع تستوفي منه بسبب كان من جهة السيد فرجع به عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل . ولنا أنها منفعة استحققت بالعقد قبل العتق فلم يرجع بيدها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فان ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه ، ويخالف المكره فانه تعدى بذلك ، وقال أبو حنيفة للعبد الخيار في الفسخ أو الامضاء كالصبي اذا بلغ للمعنى الذي ذكره ثم . ولنا انه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا يفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها . اذا ثبت هذا فان نفقة العبد ان كانت مشروطة على المستأجر فهي عليه كما كانت وإن لم تكن مشروطة عليه فهي على معنته لانه كالباقي على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفقه ولان العبد لا يقدر على نفقة نفسه لانه مشغول بالاجارة ولا على المستأجر لانه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق الا أنها على المولى (فصل) اذا أجر عينا ثم باعها صح البيع نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وبهذا

الشافعي ، وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لان المنافع تستوفي منه بسبب كان من جهة السيد فرجع عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل ولنا انها منفعة استحققت بالعقد قبل العتق فلم يرجع بيدها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فان ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه . ويخالف المكره فانه تعدى بذلك ، وقال أبو حنيفة للعبد الخيار في الفسخ أو الامضاء كالصبي اذا بلغ للمعنى الذي ذكره . ثم ولنا انه عقد لازم على ما يملك فلم يفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها اذا ثبت هذا فان نفقة العبد اذا لم تكن مشروطة على المستأجر فهي على معنته لانه كالباقي في ملكه لكونه يملك عوض نفقه ، ولان العبد عاجز عن نفقته لانه مشغول بالاجارة ولم يجب على المستأجر لانه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق الا أنها على المولى ، ويتخرج ان يفسخ الاجارة كالصبي والله أعلم (فصل) قال رحمه الله (واجارة العين تنقسم الى قسمين (أحدهما) أن تكون على مدة كاجارة الدار شهراً والارض عاما والعبد للخدمة أو للارعي مدة معلومة ويسمى الاجير فيها الاجير الخاص تكون في الآدمي وغيره ، فأما غير الآدمي فنمل اجارة الدار شهراً والارض عاما . وأما اجارة الآدمي فنمل أن يستأجر رجلاً يبنى معه يوماً أو يخطط له شهراً فهذا يسمى الاجير الخاص لان المستأجر يختص بمنفعته في مدة الاجارة لا يشاركه فيها غيره

(مسئلة) (ويشترط أن تكون المدة معلومة يغلب على الظن بقاء العين فيها وان طالت)

قال الشافعي في أحد قوايه وقال في الآخر إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشتري فمنعت الصحة كما في بيع المصنوع

ولنا أن الاجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كما لو زوج أمته ثم باعها ، وقولهم يد المستأجر حائلة دون التسليم لا يصح لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر كما لو باع الامة المزوجة ولئن منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه ، وقال أبو حنيفة البيع موقوف على اجازة المستأجر فإن أجازته جاز وبطلت الاجارة وإن رده بطل

ولنا أن البيع على غير المعقود عليه في الاجارة فلم تعتبر اجارته كبيع الامة المزوجة . اذ اثبت هذا فان المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة الى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لأن تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها ونفعها إنما يستحقه اذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عيناً في مكان بعيد فانه لا يستحق تسليمها الا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيها كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه الا في وقته ، فان لم يعلم المشتري بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن لأن ذلك عيب ونقص

(فصل) فان اشتراها المستأجر صح البيع أيضاً لأنه يصح بيعها لغيره فله أولى لأن العين في يده

أما ضبطها بالشهر والسنة فلا نعلم فيه خلافاً وإنما اشترط العلم بالمدة لأنها هي الضابطـة فاشترط معرفتها كعدد المكيلات فيما يبيع بالكيل ، فان قدر المدة بسنة مطلقة حمل على السنة الهلالية لأنها المعهودة قال الله تعالى (يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فوجب أن يحمل العقد عليه ، فان قال هلالية كان مؤكداً ، وإن قال عددية أو سنة بالايام فهي ثلثائة وستون يوماً لأن الشهر العددي ثلاثون يوماً . وان استأجر سنة هلالية في أولها عد اثني عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً لأن الشهر الهلالي ما بين هلالين ينقص مرة ويزيد أخرى . وكذلك إن كان العقد على أشهر دون السنة ، وإن جعل المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وهما يعلمانها جاز وهي ثلثائة وخمسة وستون يوماً وربيع يوم وإن جعل ذلك أو أحدهما لم يصح

(فصل) فان أجره إلى العيد انصرف إلى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لأنه جعل غاية فننتهي مدة الاجارة بأوله . وقال القاضي : لا بد من تعيين العيد فطراً أو أضحى من هذه السنة أو من سنة كذا . وكذلك الحكم ان علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجادي وريـح يجب على قوله أن يذكر الاول أو الثاني من سنة كذا . وان علقه بشهر مفرد كرجب فلا بد أن يبينه من أي سنة ، وإن علقه بيوم بينه من أي أسبوع ، وإن علقه بعيد من أعياد الكفار وهما يعلمانه صح وإلا لم يصح

(فصل) ولا تنقذر أكثر مدة الاجارة بل يجوز أجرة العين مدة يثلب على الظن بقاء العين فيها

وهل تبطل الاجارة؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تبطل لانه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلموبة بعقد آخر فلم يتنافيا كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر، ولو أجر الموصي له بالمنفعة مالك الرقبة صحت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لا يتنافي العقد على الرقبة، وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشتري وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشتري غيره (والثاني) تبطل الاجارة فيما بقي من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد لعين كالنكاح فانه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمع استدامتها كالنكاح فعلى هذا يسقط عن المشتري الاجر فيما بقي من مدة الاجارة كما لو بطلت الاجارة بتاف العين وإن كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسب عليه باقي الاجر من الثمن

(فصل) وإن ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الاجارة أو بقائها إلا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الاجارة وبقائها فلو استأجر انسان من ابيه داراً ثم مات أبوه وخلف ابني أحدهما هو المستأجر فان الدار تكون بينهما نصفين والمستأجر أحق بها لان النصف الذي لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه اما بحكم الملك واما بحكم الاجارة وما عليه من الاجر بينهما نصفين، وإن كان أبوه قد قبض الاجر لم يرجع بشيء منه على أخيه ولا تركه أبيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين لانه لو رجع بشيء أفضى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه

وإن طالت. وهذا قول عامة أهل العلم، غير أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان (أحدهما) كذا ذكرنا وهو الصحيح (والثاني) لا يجوز أكثر من سنة لان الحاجة لا تدعو الى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث انها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة : وحكى القاضي في كتاب الخلاف عن ابن حامد ان أصحابنا اختلفوا في مدة الاجارة فمنهم من قال لا تجوز أكثر من سنة . واختاره ومنهم من قال الى ثلاثين سنة لان الغالب ان الاعيان لا تبقى أكثر منها وتغير الاسعار والاجر

ولنا قوله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام انه قال (على أن تأجرني ثمانى حجج) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل . ولان ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير سنة وثلاثين تحكم لا دليل عليه وليس هو بأولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه

(فصل) اذا استأجر سنين لم يحتج الى تقسيط الاجر على كل سنة في ظاهر كلام احمد كما لو استأجر سنة لم يحتج الى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق، وكذلك لا يفتقر الى تقسيط أجر كل يوم اذا استأجر شهراً، ولان المنفعة كالاعيان في البيع، ولو اشتملت الصفقة على اعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك ههنا، وقال الشافعي في أحد قولييه يفتقر الى تقسيط أجر كل سنة لان المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن ينسخ العقد فلا يعلم بم يرجع وهذا يبطل بالشهور فانه لا يفتقر الى تقسيط الاجر على كل شهر مع الاحتمال الذي ذكره

نصفاً مسلوب المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولأنه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انتقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي انتقضت الاجارة فيها إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة واخذ عوضها من غيره

(فصل) وإن اشترى المستأجر العين ثم وجدها معيبة فردها فإن قلنا لا تنفسخ الاجارة بالبيع فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع ، وإن قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين ، وإن كان المشتري أجنيباً فرد المستأجر الاجارة لعيب فيبغى أن تعود المنفعة إلى البائع لانه يستحق عوضها على المستأجر فإذا سقط العوض عاد اليه الموعوض ولأن المشتري ملك العين مسلوقة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليه ما لم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يرجع إلى المشتري لان المنفعة تابعة للرقبة وإنما استحققت بعقد الاجارة فاذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطاعتها الزوج ، ولا يصح هذا القياس فان منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما اذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الاجر في الاجارة فان المؤجر يستحق الاجر في مقابلة المنفعة مقسوماً على مدتها فاذا كان له عوض المنفعة المستقبل فزال بالفسخ رجع اليه معوضها وهو المنفعة ولان منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير

(مسئلة) (ولا يشترط أن تلي العقد فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح)

سواء كانت العين مشغولة وقت العقد أو لم تكن وكذلك ان أجره شهر رجب في الحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في إجارته ، ففيه قولان لانه عقد على ما يمكن تسليمه في الحال فأشبه إجارة العين المغصوبة قال ولا يجوز أن يكتري بغيره بعينه إلا عند خروجه لذلك ولنا انها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي العقد وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسليم فانه لا يشترط وجود القدرة عليه حين العقد ، ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه ، وما ذكره يبطل بما إذا أجرها من المكثري فانه يصح مع ما ذكره . اذا ثبت هذا فان الاجارة ان كانت على مدة تلي العقد لم يحتج الى ذكر ابتدائها من حين العقد وان كانت لا تليه فلا بد من ذكره لانها أحد طرفي العقد فاحتيج الى معرفته كالانتهاء ، وان أطلق فقال أجرتك سنة أو شهراً صح وكان ابتداءها من حين العقد وهو قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي وبعض اصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي قال احمد في رواية اسماعيل ابن سعيد اذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر

ولنا قول الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام قال (على أن تأجرني ثمانين حجج) لم يذكر ابتداءها ولانه تقدير بمدة ليس فيها قرينة فاذا اطلقها وجب أن تلي السبب كمدة السلم والايلاء وتفارق النذر فانه قرينة

ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت الى البائت للمسكت بغيرها ولانها مما لا يجوز للزوج نقلها الى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها

(فصل) واذا وقعت الاجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الغنم أو جملاً للحمل أو للركوب فتلفت انفسخ العقد بتلفها ، وإن خرجت مستحقة تبين أن العقد باطل ، وإن وجد بها عيباً فردها انفسخ العقد ولم يملك ابدالها لان العقد على معين فثبتت هذه الاحكام كما لو اشترى عينا ، وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الاحكام فبقي سلم اليه عينا فتأدت لم تنفسخ الاجارة ولزم المؤجر ابدالها ، وإن خرجت موصوفة لم يبطل العقد ولزمه بدلها ، وإن رجعها عيباً فردها فكذلك لان المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب في ابطال العقد كما لو اشترى بضمن في الذمة على مقرر في موضعه ، فان قيل فقد قلتم من اشترى جملاً ليركه جاز أن يركبه من هو مثله ولو اشترى أرضاً لزرع شيء بعينه جاز له زرع ما هو مثله أو دونه في الضرر فلم قلتم إذا اشترى جملاً بعينه لا يجوز أن يبدله ؟ قلنا لان المعقود عليه منفعة العين فلم يجز أن يدفع اليه غير المعقود عليه كما لو اشترى عينا لا يجوز أن يأخذ غير ها والراكب غير معقود عليه انما هو موقوف للمنفعة وانما نشترط معرفته لتقدير المنفعة لا لكونه معقوداً عليه وكذلك الزرع في الارض فانما يمين يعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها كما لو وكل المشتري غيره في استيفاء المبيع ، ألا ترى أنه لو تلف البعير أو الارض

(فصل) اذا تمت الاجارة وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها الى المدة وتحدث على ملكه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لانها معدومة فلا تكون مملوكة كالولد والتمر

ولنا ان الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص وقد ثبت أن المنفعة المستقبلية كان للمالك العين أن يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجراها كان المستأجر مالكاً للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت مملوكة للمالك العين ثم انتقلت الى المستأجر بخلاف الولد والتمر فان المستأجر لا يملك التصرف فيها قولهم إن المنفعة معدومة قلنا هي مقدرة الوجود لانها جعلت مورداً للعمل والقدر لا يرد إلا على موجود

(مسئلة) (واذا أجره في اثناء شهر سنة استوفى شهراً بالعدد وسائرهما بالاهلة)

لانه تعذر انعامه بالهلال فتممناه بالعدد وامكن استيفاء ماعداه بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل وعنه يستوفي الجميع بالعدد لانها مدة يستوفي بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهراً واحداً ولان الشهر الاول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في اثنا عشره وكذلك كل شهر يأتي بعده ولا يبي حنيفة والشافعي كالروايتين ، وكذلك الحكم في كل ما يعتبر فيه الاشهر كمدة الوفاة وشهري صيام الكفارة

انفسخت الاجارة ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تنفسخ الاجارة وجاز أن يقوم غيره مقامه فافتراقاً
 ﴿مسئلة﴾ قال (ومن استأجر عقاراً فله أن يسكنه غيره اذا كان يقوم مقامه)

وجملته أن من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يسكنه ويسكن فيه من شا. ممن يقوم مقامه في الضرر
 أو دونه ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به من الرحال والطعام ويخزن فيها الثياب وغيرهما لا يضر
 بها، ولا يسكنها ما يضر بها مثل القصارين والحدادين لان ذلك يضر بها، ولا يجعل فيها الدواب لانها
 تروث فيها وتفسدها ولا يجعل فيها السرجين ولا رحي ولا شيئاً يضر بها، ولا يجوز أن يجعل فيها
 شيئاً ثقيلاً فوق سقف لانه يثقله ويكسر خشبه ولا يجعل فيها شيئاً يضر بها الا أن يشترط ذلك ،
 وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً وإنما كان كذلك لان له استيفاء المعقود عليه
 بنفسه ونائبه والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه فجاز كما لو وكل وكيل في قبض المبيع أو دين له
 ولم يملك فعل ما يضر بها لانه فوق المعقود عليه فلم يكن له فعله كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه
 فاما أن يجعل الدار مخزناً للطعام فقد قال أصحابنا يجوز ذلك لانه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره ويحتمل
 أن لا يجوز لان ذلك يفضي إلى تحريق النار أرضها وحيطانها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار
 (فصل) واذا اكترى داراً جاز اطلاق العقد ولم يحتج الى ذكر السكنى ولا صفتها وهذا قول

(فصل) ومن اكترى دابة الى العشاء فأخر المدة غروب الشمس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة
 وأبو ثور آخرها زوال الشمس لان العشاء آخر النهار وآخره النصف الآخر من الزوال وكذلك
 جاء في حديث ذي الديدن عن أبي هريرة قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إحدى صلاة
 العشي يعني الظهر أو العصر هكذا تفسيره

ولنا قوله تعالى (من بعد صلاة العشاء) يعني العتمة وقال النبي ﷺ « لولا أن أشق على أمتي
 لأخرت العشاء الى ثلث الليل » وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس لان هذه الصلاة تسمى العشاء
 الآخرة فيدل على أن الاولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لان المدة
 اذا جعلت الى وقت تعلق بأوله كما لو جعلها الى الليل ، وما ذكره لا يصح لان لفظ العشي غير لفظ
 العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ثم لو ثبت
 أن معناها واحد غير أن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه فان اكترها الى الليل فهو الى أوله
 وكذلك ان اكترها الى النهار فهو الى أوله ، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الاولى والنهار في
 الثانية لما ذكرناه في مدة الخيار، وان اكترها نهاراً فهو الى غروب الشمس وان اكترها ليلة فهي
 الى طلوع الفجر في قول الجميع لان الله تعالى قال في ليلة القدر (سلام هي حتى مطلع الفجر) وقال
 (أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم) ثم قال (فلا تباشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا

الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لا يجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا وعيالي لان السكنى تختلف ولو أكثرها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه
ولنا أن الدار لا تكثرى الا للسكنى فاستغنى عن ذكره كاطلاق الثمن في بلد فيه قد معروف به
والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتاج إلى ضبطه وما ذكره لا يصح فان الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقتلهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزى فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه ، ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا زائر ولا غير من ذكره ولكن ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيها اذا أكثرى الركوب

(فصل) واذا أكثرى ظهرا ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لان العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فله أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه ، وله أن يستوفي أقل منه لانه يستوفي بعض ما يستحقه وليس له استيفاء أكثر منه لانه لا يملك أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوي في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب ، وقال القاضي يشترط أن يكون مثله في هذه الاوصاف كلها لان قلة المعرفة بالركوب تنقل على الركوب وتضر به . قال الشاعر :

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا فهم ثقال على أعجازها عنف

ولنا أن التفاوت في هذه الامور بعد التساوي في الثقل يسير فعني عنه ولهذا لا يشترط ذكره في الاجارة ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الاجارة كالثقل والخفة

واشربوا حتى يذهب لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أنموا الصيام الى الليل (فصل) وان أكثرى فسطاطا الى مكة ولم يقل متى اخرج فالركاء فاسد وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي يجوز استعسانا بخلاف القياس
ولنا انها مدة غير معلومة الابتداء فلم يجوز كما لو قال أجرتك داري من حين يخرج الحاج الى رأس السنة وقد اعترفوا بمخالفته الدليل وما ادعوه دليلا نعم كونه دليلا

(القسم الثاني) إيجارها لعمل معلوم كاجارة الدابة للركوب الى موضع معين أو بقر لحرت مكان أو دياس زرع واستنجار عبد ايدله على طريق أو رعى لطحن قفزان معلومة فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف لان الاجارة عقد معاوضة فوجب أن يكون العوض فيها معلوما لئلا يفضي الى الاختلاف والتنازع كقولنا في البيع ، والعلم بمقدار المنفعة إما أن يحصل بتقدير المدة كما ذكرنا في اجارة الدار وخدمة العبد مدة معلومة وإما بتقدير العمل ووصف ما يعمل به وضبطه بما لا يختلف فيه كالمبيعات (فصل) يجوز أن يكثرى بقرا لحرت مكان لان البقر خلقت للحرث ولذلك قال النبي ﷺ

« بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت إني لم أخلق لهذا إنا خلقت للحرث » متفق عليه ، ويحتاج الى معرفة الارض وتقدير العمل ، فأما الارض فلا تعرف إلا بالشاهدة فانها تختلف فتكون صلبة تنعب

(فصل) فان شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله ولا من هو دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط فانه قال فيمن شرط أن يزرع في الارض حنطة ولا يزرع غيرها: يبطل الشرط ويصح العقد ، ويحتمل أن يصح الشرط وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به ولأنه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة ، وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لأنه ينافي موجب العقد إذ موجب ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبناؤه ، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بناؤه والشرط ينافي ذلك فكان باطلا ، وهل يبطل به العقد؟ فيه وجهان أحدهما لا يبطله لأنه لا يؤثر في حق المؤجر نفعا ولا ضرا فألغى وبقي العقد على مقتضاه ، والآخر يبطله لأنه ينافي مقتضاه فأشبهه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع

(فصل) ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها نص عليه أحمد وهو قول سعيد ابن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سليمان بن عبد الرحمن والنخعي والشافعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يجوز لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه ، ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجز كيوم المكمل والموزون قبل قبضه ، والاول أصح لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كيوم التمرة على الشجرة ويبطل قياس الرواية الاخرى لهذا الاصل. اذا ثبت فانه لا يجوز

البقر والحراث وتكون فيها حجارة تتعلق فيها السكة وتكون رخوة يسهل حرثها ، ولا تنضب بالصفة فتحتاج الى الرؤية. وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم وإما بمعرفة الارض كذه القطعة أو من هنا الى هنا أو بالمساحة كجريب أو جريين أو كذا ذراعا في كذا كل ذلك جائز لحصول العلم به فان قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها لان الغرض يختلف باختلافها بالقوة والضعف ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليمتثل رب الارض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ويجوز استئجارها بآلتها وبدونها وتكون الآلة من عند صاحب الارض ويجوز استئجار البقر وغيرها لدواس الزرع لأنها منفعة مباحة مقصودة اشبهت الحرث ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرنا في الحرث ، ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان لان الغرض يختلف به فنه مآروثه ظاهر ومنه نجس ، ولا يحتاج الى معرفة عين الحيوان ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وغيرها مع صاحبه ومنفردا كما ذكرنا في الحرث

(فصل) ويجوز استئجار غنم لندرس له طينا أو زراعا ولأصحاب الشافعي فيه وجه انه لا يجوز لانها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان . ولنا انها منفعة مباحة يمكن استيفائها اشبهت سائر المنافع المباحة وكالتى قبلها

(فصل) وان اكترى حيوانا لعل لم يخفق له كن استأجر البقر لركوب أو الحمل أو الابل

إجارتها إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لما تقدم، فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين وهذا قول أبي حنيفة والمشهور من قول الشافعي لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالأعيان، والآخرون يجوز وهو قول بعض الشافعية لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه فلم يقف جواز التصرف عليه، فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر فإذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر كان فيها ههنا وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه عقد عليها قبل قبضها (والثاني) يجوز لأن القبض لا يمتنع عليه بخلاف الاجنبي، وأصلها بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائنه رواية واحدة، وهل يصح من بائنه؟ على روايتين، فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجر فجازة وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجوز لأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام لأن التسليم مستحق على السكراء فإذا أكرها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه وهذا تناقض

ولنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع، وما ذكره لا يصح لأن التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فانه يستحق عليه تسليم العين فإذا اشتراها المستحق تسليمها، فإن قيل التسليم ههنا مستحق في جميع المدة بخلاف البيع، قلنا المستحق تسليم العين وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجم عليه لأنها تعذرت بسبب كان في ضمانه

والحير للحرث جاز لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفائها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كاتني خلقت له، ولأن مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما تصلح له العين المملوكة ويمكن تحصيلها منها ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح أو ما ورد بتحريمه نص أو قياس صحيح أو رجحان مضرة على منفعة ولم يوجد شيء منها، وكثير من الناس يحملون على القبر ويركبونها وفي بعض البلاد يحرق على الأبل والبغال والحير فيكون معنى خلقها للحرث أن شاء الله تعالى أنه معظم نفعها ولا يمتنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة وبياح أكابها، والأول خلق للحلية ويجوز استعماله في الادوية وغيرها

(فصل) ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرعي ويفتقر لشئيين معرفة الحجر بالمشاهدة أو الصفة لأن عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفته (الثاني) تقدير العمل بالزمان كيوم أو يومين أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين وذكر جنس المطحون إن كان يختلف لأن منه ما يسهل طحنه ومنه ما يشق، وإن أكرهاها لإدارة دولا ب فلا بد من مشاهدته ومشاهدة دلالة لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو ملء هذا الحوض، وكذلك إن أكرهاها للسقي بالغرب فلا بد من معرفته ولأنه يختلف بكبره وصغره، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة، يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لأن ذلك يختلف فقد تكون الأرض شديدة العطش لا يروى فيها القليل وتكون قريبة العهد بالماء فيروى بها

(فصل) ويجوز المستأجر إجارة العين بمثل الاجر وزيادة نص عليه أحمد ، وروي ذلك عن عطاء والحسن والزهري وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر، وعن أحمد انه ان أحدث في العين زيادة جاز له أن يكرها بزيادة والا لم تجز الزيادة فان فعل تصدق بالزيادة روي هذا الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لانه يرجح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح مالم يضمن ، ولا نهى بربح فيما لم يضمن فلم يجز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه ، ويخالف ما اذا عمل عملا فيها لان الربح في مقابلة العمل وعن أحمد رواية ثالثة ان أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز ، وذكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقا لدخولها في ربح مالم يضمن

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الاجر ، وأما الخبز فان المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه فأنها لوفات من غير استيفائه كانت من ضمانه ، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه فان البيع ممنوع بالكسبية سواء ربح أو لم يربح وهما جائز في الجلة وتعليقهم بان الربح في مقابلة عمله ملغى بما اذا كنس الدار ونظفها فان ذلك يزيد في أجرها في العادة

(فصل) ونقل الاثرم عن أحمد أنه سأل عن الرجل يتقبل العمل من الاعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل ؟ قال ما أدري هي مسئلة فيها بعض الشيء قلت أليس كان الحياط أسهل عنده

اليسير ، وان قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ويحتمل الجواز لان شربها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة ليستقي عليها ماء ، ولا بد من معرفة الآلة التي يستقي فيها من راوية أو قرب أو جرار اما بالرؤية واما بالصفة ، ويقدر العمل بالزمان أو بالعدد أو بملء شيء معين ، فان قدره بعدد المرات احتاج الى معرفة المكان الذي يستقي منه والذي يذهب اليه لان ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونه ، وان قدره الى شيء معين احتاج الى معرفته ومعرفة ما يستقي منه ، ويجوز أن يكتري البهيمة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها ، فان أكثرها ليل تراب معروف جاز لانه يعلم بالعرف وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف وان وقع على عمل معين لم ينتج الى ذلك لانه لا يختلف ويحتمل أن يحتاج الى ذلك في استقاء الماء عليه لان منه ماروثة وجسمه طاهر كالخيل والبقر ومنه ماروثة نجس وفي جسمه اختلاف كالبعال فربما نجس يد المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فاحتيج الى معرفته

(مسئلة) (يجوز استئجار رجل ليدله على طريق)

لان النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الأريقط هاديا خريتا وهو الماهر بالهداية ليدلها على الطريق الى المدينة

إذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل في العمل شيئاً قال إذا عمل عملاً فهو أسهل ، قال النخعي لا بأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكاً أو ابراً أو يخطئ فيها شيئاً فإن لم يعن فيها بشيء فلا يأخذن فضلاً وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله مبنيًا على مذهبه في أن من استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لانه إذا جاز أن يقبله بمثل الاجر الاول أو دونه جاز بزيادة عليه كالبيع وكاجارة العين

(فصل) وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في الضرر ، قال أحمد إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرأ فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأساً إذا كان الوزن واحداً ، فإن كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة للمعقود عليها في الضرر لم يجوز لانه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه ، فإذا اكترى دابة ليحمل عليها حديدا لم يحمل عليها قطناً لانه يتجافى وتهب فيه الريح فيتعيب الظهر ، وإن اكترأها لحل القطن لم يجوز أن يحمل الحديد لانه يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق فيقل ضرره ، وإن اكترأ ليركه لم يجوز أن يحمل عليه لان الراكب يعين الظهر بحر كته ، وإن اكترأ ليحمل عليه لم يجوز أن يركبه لان الراكب يقعد في موضع واحد فيشتمد على الظهر والنازع يتفرق على جنبه ، وإن اكترأ ليركه بسرج لم يجوز أن يركبه بسرج لانه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، وإن اكترأ ليركه بسرج لم يجوز أن يركبه عرياً لانه إذا ركب عليه من غير سرج

(مسألة) (ويصح استئجار رحي اطحن قفزان معلومة)

وبحتاج الى معرفة جنس المطحون برأ أو شعيراً أو ذرة أو غيره لان ذلك يختلف فنه ما يسهل طحنه ومنه ما يعسر فاحتيج الى معرفته لتزول الجهالة

(فصل) ويجوز استئجار كمال أو وزان لعمل معلوم أو في مدة معلومة وبه قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لانهم فيه خلافاً ، وقد روي في حديث سويد بن قيس أنانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى رجل منا سراويل وتم رجل يزن بأجر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن وأرجح : رواه ابو داود

(فصل) ويجوز استئجار رجل ليلزم غريماً تستحق ملازمته وقد روي عن أحمد انه كره ذلك وقال: غير هذا أعجب إلي وانما كرهه لانه يؤول الى الخصومة وفيه تضيق على المسلم ولا يأمّن ان يكون ظالماً فيساعده على ظلمه وروي عنه انه قال لا بأس به لان الظاهر انه يحق فان الحاكم في الظاهر لا يحكم الا بحق ولهذا أجزنا للعوكل فعله

(فصل) ويجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والفني لانها منفعة معلومة يجوز التطوع بها فجاز الاستئجار عليها كالخدمة ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين فان قدره بمدة نحو أن يستأجره شهراً ليحفر له بئراً أو نهراً لم يحتج الى معرفة القدر وعليه الحفر في ذلك الشهر قليلاً حفر أو كثيراً

حي ظهره فربما عقره ، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجوز أن يركبه بأكثر منه فلو أكثرى حملاً لم يجوز أن يركبه بسرج البرذون إذا كان أثقل من سرجه ، وإن أكثرى دابة بسرج فركبها بأكثر أثقل منه أو أضر لم يجوز ، وإن كان أخف وأقل ضرراً فلا بأس ، ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامناً عليه الاجر وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور

(فصل) وإن أكثرى دابة ليركبه في مسافة معلومة أو يحمل عليها فيها فزاد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلاً في القدر أضر منها أو تخاف ضررها بأن تكون احدها أحسن والآخرى أخوف لم يجوز وإن كان مثلاً في السهولة والحزونة والامن أو التي يعدل اليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي لان المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم تتمين كنوع المحمول والراكب ، ويقوى عندي أن متى كان للمركبي غرض في تلك الجهة المعينة لم يجوز العدول إلى غيرها مثل من يركي جماله إلى مكة فيحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكرها إلى بغداد لكون أهله بها أو ببلد العراق لم يجوز الذهاب بها إلى مصر ، ولو أكثرى جماله جولة إلى بلد لم يجوز للمستأجر التفريق بينها بالفر ببعضها إلى جهة ويباقيها إلى جهة أخرى وذلك لانه عين المسافة لغرض في فواته ضرر فلم يجوز تفويته كما في حق المكثري فإنه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي أكثرى إليه لم يجوز وكما لو عين طريقاً سهلاً أو آمناً فأراد سلوك ما يخالفه في ذلك

قال شيخنا ويفتقر إلى معرفة الأرض التي يحفر فيها وقال بعض أصحابنا لا يحتاج إلى ذلك لان الغرض لا يختلف بذلك والاول أولى ان شاء الله تعالى لان الأرض الصلبة يشق حفرها والينة يسهل ، وان قدره بالعمل فلا بد من معرفة الموضع بالمشاهدة لكونها تختلف بالسهولة والصلابة وذلك لا ينضبط بالصفة ، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعرضه وعمقه لان العمل يختلف بذلك ، وإذا حفر بئراً فعليه شيل التراب لانه لا يمكنه الحفر الا بذلك فقد تضمنه العقد ، فان تهو تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك لم يلزمه شيله وكان على صاحب البئر لانه سقط فيها من ملكه ولا يتضمن عقد الاجارة رفعه ، وان وصل إلى صخرة أو جراد يمنع الحفر لم يلزمه حفره لان ذلك يخالف لما شاهده من الأرض وانما اعتبرت مشاهدة الأرض لانها تختلف فإذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فان فسخ كان له الاجر بحصة ما عمل فيقسط الاجر على ما بقي وما عمل ، فيقال كم أجر ما عمل وكم أجر ما بقي؟ فيقسط الاجر المسمى عليهما ولا يجوز تقسيطه على عدد الاذرع ، لان أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه ، وان نبع منه ما منعه من الحفر فهو كالصخرة على ما ذكرنا

(فصل) ويجوز استئجار ناسخ ينسخ له كتباً من الفقه والحديث والشعر المباح وسجلات نص عليه في رواية مثني ابن جامع ، وسأله عن كتابة الحديث بالاجر فلم يره بأساً ، ولا بد من التقدير بالمدة

(فصل) ويجوز أن يكتري قميصاً ليلبسه لأنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه فجازت اجارته كالعقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة ، وإن كانت عادة أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم في الليل فعليه نزعها في ذلك لأن الإطلاق يحمل على المعتاد ، وله لبسه فيما سوى ذلك ، وإن نام نهاراً لم يكن عليه نزعها لأنه العرف ويلبس القميص على ما جرت العادة به ولا يجوز أن ينزع به لأنه يعتمد عليه فيشفقه وفي اللبس لا يعتمد ويجوز أن يرتدي به لأنه أخف ، ومن ملك شيئاً ملك ما هو أخف منه وقيل فيه وجه آخر أنه لا يجوز لأنه استعمال لم تجر العادة به في القميص أشبه الاتزار به

(فصل) وإن استأجر أرضاً صح لما تقام ولا يصح حتى يرى الأرض لأن المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية لأنها لا تنضبط بالصيغة ولا يصح حتى يذكر له ما يكتري له من زرع أو غرس أو بناء ، لأن الأرض تصلح لهذا كله وتأثيره في الأرض يختلف فوجب بيانه ، فإن قال أجرتها لزراعتها أو لغرسها لم يصح لأنه لم يعين أحدهما وأشبهه ما لو قال بعثك أحد هذين العبدین وإن قال لزراعتها ماشئت أو لغرسها ماشئت صح وهذا منصوص الشافعي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لأنه لا يدري كم يزرع وبغرس وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها وبغرس نصفها

ولنا أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فصح كما لو قال لزراعتها ماشئت ، ولأن اختلاف المذنبين كاختلاف النوعين ، وقوله لزراعتها ماشئت اذن في نوعين وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسین وله

أو العمل فإن قدره بالعمل ذكر عدد الورق وقدره وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ودقة القلم وغلظه فإن عرف الخط بالمشاهدة جاز وإن أمكن ضبطه بالصيغة ضبطاً ، إلا فلا بد من المشاهدة لأن الاجر يختلف باختلافه ، ويجوز تقدير الاجر بأجزاء الفروع وبأجزاء الاصل ، وإن قاطعه على نسخ الاصل بأجر واحد جاز فإن أخطأ بالشيء اليسير عفي عنه لأنه لا يمكن التحرز منه ، وإن كان كثيراً بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به ، قال ابن عقيل ليس له محاذة غيره حال النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلظه ولا لغيره تحديثه وشغله ، وكذلك الاعمال التي تحتل بشغل السر والقلب كالقصارة والنسابة ونحوهما ، ويجوز أن يستأجر على نسخ مصحف في قول ، أكثر أهل العلم ، منهم جابر بن زيد ومالك بن دينار وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ابن سيرين لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ويستكتبه مصحفاً ، وكره علقمة كتابة المصحف بالاجر ولعله يرى ذلك مما يختص كون فاعله من أهل القرية فكره الاجر عليه كالمصلاة

ولنا انه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الاجرة عليه ككتابة الحديث ، وقد جاء في الخبر «أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله»

(فصل) يجوز أن يستأجر لحصاد زرعته لأن لم فيه خلافاً وكان إبراهيم بن آدم يؤجر نفسه لحصاد الزرع ، ويجوز تقديره بمدة وبعمل مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلاً لسقي

أن يفرسها كلها ، وإن أحب زرعها كلها كما لو أذن له في أنواع الزرع كله كان له زرع جميعها نوعاً واحداً وله زرعها من نوعين كذلك ههنا

وإن أكرها للزراع وحده ففيه أربع مسائل (أحدها) أكرها للزراع مطلقاً أو قال لتزراعها ما شئت فإنه يصح وله زرع ماشاء وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن ابن سريج أنه لا يصح حتى يتبين الزرع لأن ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكثرى له من زرع أو غرس أو بناء ولنا أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الأنواع لأنها دونه فإذا عمم أو أطلق تناول الأكثر وكان له مادونه وبخالف الاجناس المختلفة فإنه لا يدخل بعضها في بعض ، فإن قيل فلو اقتصرت دابة للركوب لوجب تعيين الراكب ، قلنا لأن اجارة المراكب لا تكثر الركاب ضرراً لأن يجوز بخلاف المزروع ولأن الحيوان حرمة في نفسه فلم يجز إطلاق ذلك فيه بخلاف الأرض ، فإن قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجز أن يسكنها من يضر بها كالتقصير والحداد فلم قلتم أنه يجوز أن يزرعها ما يضر بها ؟ قلنا السكني لا تقتضي ضرراً فلذلك منع من اسكان من يضر بها لأن العقد لم يقتضيه والزرع يقتضي الضرر فإذا أطلق كان راضياً بأكثره فهذا جاز وليس له أن يفرس في هذه الأرض ولا يبنى لأن ضرره أكثر من المفقود عليه

(المسئلة الثانية) أكرها لزراع حنطة أو نوع بعينه فإن له زرع ما يعينه وما ضرره كضرره أو

زرعه وتنقيته وديارته ونقله الى موضع معين ، ويجوز أن يستأجر رجلاً يحتطب له لأنه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع . قال احمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليها وعلى حمار آخر ويأخذ منه الاجرة فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه باقية ، وظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الاجير بقيمة ما استضرر باشتغاله عن عمله لقوله ان كان يدخل عليه ضرر يرجع بالقيمة فاعتبر الضرر . وظاهر هذا انه اذا لم يستضرر لا يرجع بشي . لأنه اكثره لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شي . كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله فإن ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فرت عليه . وبمحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره لأنه صرف منفعه المفقود عليها الى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه . وقال القاضي معناه انه يرجع عليه بالاجر الذي أخذه من الآخر لأن منافعتها في هذه المدة مملوكة لغيره فما حصل في مقابلتها يكون الذي استأجره

(فصل) يجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس وما دونها ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة لا يجوز في النفس لأن عدد الضربات يختلف وموضع الضربات غير متعين اذ يمكن أن يضرب مما يلي الرأس ومما يلي الكتف فكان مجهولاً ولنا أنه حق يجوز التوكيل في استيفائه لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية فجاز الاستئجار

دونه ولا يتعين ماعينه في قول عامة أهل العلم إلا داود وأهل الظاهر فاتهم قالوا لا يجوز له زرع غير ماعينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجوز له أن يزرع ييضاً، لأنه عينه بالعقد فلم يجز العدول عنه كما لو عين المراكب أو عين الدراهم في الثمن

ولنا أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح، ولهذا يستقر عليه العوض بمضي المدة إذا نسل الأرض وإن لم يزرعها وإنما ذكر القمح لتقدير به المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها كان له أن يسكنها غيره، وفارق المراكب والدراهم في الثمن فاتهم معقود عليها فتعيننا والمعقود عليه من منفعة مقدرة وقد تعينت أيضاً ولم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون (المسئلة الثالثة) قال ليزرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتالي قبلها إلا أنه لا يخالف

فيها لأنه شرط ما اقتضاه الإطلاق وبين ذلك تصريح نصه فزال الاشكال

(المسئلة الرابعة) قال ليزرعها حنطة ولا يزرع غيرها فذكر القاضي أن الشرط باطل لأنه ينافي مقتضى العقد لأنه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد صحيح لأنه لا ضرر فيه ولا غرض لأحد المتعاقدين لأن ما ضرره مثله لا يختلف في غير المؤجر فلم يؤثر في العقد فأشبهه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه، وقد ذكرنا فيها إذا شرط مكتري الدار أنه لا يسكنها غيره وجهاً في صحة الشرط ووجهاً آخر في فساد العقد فيخرج ههنا مثله

عليه كالتقصص في الطرف، وقوله أن عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخيطة الثوب فإن عدد الغرزات مجهول، وقوله أن محله غير متعين، قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كوضع الخيطة من حاشية الثوب

(فصل) ويجوز أن يستأجر سمساراً يشتري له ثياباً، ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي، وكرهه الثوري وجماد

ولنا أنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء، ويجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها لأن المدة معلومة والعمل معلوم فأشبهه الخياط والقصار، وإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً صحيح أيضاً، وإن قال كلما اشتريت ثوباً فلك درهم أجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز، وإن لم تكن كذلك فظاهر كلام أحمد أنه لا يجوز لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها والاجر يختلف باختلافها فإن اشترى فله أجر مثله، وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة (فصل) وإن استأجره ليبيع له ثياباً بعينها صح وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يصح لأن

ذلك يتعذر عليه فأشبهه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير

ولنا أنه عمل مباح معلوم تجوز النيابة فيه فجاز الاستئجار عليه كسائر الثياب، ولأنه يجوز الاستئجار

(فصل) وإن أكرها للغراس ففيه ماذ كرنا من المسائل إلا أن له أن يزرعها لان ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس وهو من جنسه لان كل واحد منهما يضر بباطن الارض ، وليس له البناء لان ضرره مخالف لضرره فانه يضر بظاهر الارض ، وان أكرها للزروع لم يكن له الغرس ولا البناء لان ضرر الغرس أكثر ، وضرر البناء مخالف لضرره ، وإن أكرها للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع لان ضررها بخالف ضرره

(فصل) ولا تخلو الارض من قسمين (أحدهما) أن يكون له ماء دائم إما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أو لا ينقطع إلا مدة لا يؤثر في الزرع أو من عين نابعة أو بركة من مياه الامطار يجتمع فيها ثم يسقي به أو من ينشأ يقوم بكفائها أو ما يشرب بعروقه لنداء الارض وقرب الماء الذي تحت الارض فهذا كله دائم ، وروى استنجارها للغرس والزرع بغير خلاف علمناه ، وكذلك الارض التي تشرب من مياه الامطار وينشأ بالاعتدال منه لان ذلك بحكم العادة ولا ينقطع الا نادراً فهو كسائر الصور المذكورة (الثاني) أن لا يكون لها ماء دائم وهي نوعان (أحدهما) ما يشرب من زيادة معتادة تأتي في وقت الحاجة كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهاه ، وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردأ وما يشرب من الاودية الجارية من ماء المطر فهذه تصح إيجارها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعي وقال أصحابه ان أكرها بعد الزيادة صح ولا يمسح قبلها لانها معدومة لا نعلم هل يقدر عليها أو لا

عليه مقدراً بزمان فجاز مقدراً بالعمل كالحياطة وقولهم انه يتعذر ممنوع فان الثياب لا تنفك عن راغب فيها ولذلك صححت المضاربة ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ما قاموا عليه فانه يتعذر ، وان استأجره على شراء ثياب معينة من رجل معين احتمل أن لا يصح لانه قد يتعذر لامتناع صاحبه من البيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع فيحتمل أن يصح لانه ممكن في الجملة فان حصل من ذلك شيء استحق الاجر وإلا بطلت الاجارة كالأول لم يعين البائع ولا المشتري

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني عقد على منفعة في الذمة مضبوطة بصفات السلم كخياطة ثوب وبناء دار وحمل الى موضع معين ولا يكون الاجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف ، ويسمى الاجير المشترك) يجوز للأدي أن يؤجر نفسه بغير خلاف وقد أجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم ، واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضي الله عنه رجلاً ليدلها على الطريق ولانه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه أشبه الدور ، ثم ان اجارته تقع على مدة بعينها وعمل بعينه كاجارة موسى عليه السلام نفسه للرعي ، وتقع على عمل موصوف في الذمة كالسلم ، ومتى كان على عمل موصوف في الذمة لم يكن الاجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف لان الذمة لا تكون لغير الأدي ولا تثبت المعاوضة لعمل في الذمة لغير جائز التصرف ، ولا بد أن يكون العمل الذي يتعلق بالذمة مضبوطاً بصفات السلم ليحصل العلم به

ولنا أن هذا معتاد الظاهر وجوده فجازت إجارة الأرض الشارعية به كالشارعية من مياه الأمطار ولأن ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالم في الفاكهة إلى أوانها (النوع الثاني) أن يكون مجيئ الماء نادراً أو غير ظاهر كالأرض التي لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثير الذي يندر وجوده أو يكون شربها من فيض واد مجيئه نادر أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالبية فهذه إن أجرها بعد وجود ماء يسقيها به صح أيضاً لأنه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت إيجارتها كذات الماء الدائم ، وإن أجرها قبله لفقرس أو الزرع لم يصح لأنه يتعذر الزرع غالباً و يتعذر العقود عليه في الظاهر فلم تصح إيجارتها كالأبق والمفصرب ، وإن أكرهاها على أنها لا ماء لها جاز لأنه يمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها ، وله أن يزرعها رجاء الماء ، وإن حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لأن ذلك من منافعها الممكن استيفائها وليس له أن يبنّي ولا يفرس لأن ذلك يراد للتأيد وتقدير الإجارة بمدة تقتضي تقربها عند انقضاءها ، فإن قيل فلو استأجرها للعراس والبناء صح مع تقدير المدة ، قلنا التصريح بالبناء والعراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهرة في التفريغ عند انقضاء المدة إلا أن يشترط قلم ذلك عند انقضاء المدة فيصرف العراس والبناء عما يراد له بظاهرة بخلاف مسئلتنا ، وإن أطلق إجارة هذه الأرض مع العلم بحالها وعدم ماؤها صح لأنهم ماد خلا في العقد على أنها لا ماء لها فأشبهه بالوشرطاء ، وإن لم يعلم عدم نالها أو ظن المكثري أنه يمكن تحصيل

ويسمى الاجير فيها الاجير المشترك مثل الحياط الذي يتقبل الحياطة لجماعة وكذلك القصار ومن في معناه فتكون منفعتهم مشتركة بينهم

(مسئلة ١) (ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم ، وعنه يجوز)

لا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم أو تبني هذه الدار في شهر وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن الجمع بينهما يزيد الإجارة غرراً لا حاجة إليه لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة ، فهذا غرر قد أمكن التحرز منه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه ، وروي عن أحمد فيمن أكرى دابة إلى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست قال قد أضربه فقبل يرجع عليه بالقيمة؟ قال لا ويصالحه ، وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعاً وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن الإجارة معقودة على العمل فالمدة إنما ذكرت للتعجيل فلا تمنع ذلك ، فعلى هذا إذا تم العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لأنه وفي ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر كما لو قضى الدين قبل أجله ، وإن مضت المدة قبل العمل فلا مستأجر فسخ الإجارة لأن الاجير لم يف له بشرطه ، فإن رضي بالبقاء عليه لم يملك الاجير الفسخ لأن الإخلال بالشروط منه فلا يكون ذلك وسيلة

ماء لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد ولأنه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك لها يحصل لها ماء وإنه يكثر بها للزراعة مع تعذرها ، وقيل لا يصح العقد مع الإطلاق وإن علم بحالها لأن الإطلاق كرا. الارض يقتضي الزراعة والاولى صحته لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كاني لاما. لها ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وإن اشترى أرضا فارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل لأن الانتفاع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالبا ، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة فأرض مصر في وقت مد النيل صح العقد لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم يعجز اجارتها لأنها في حكم الفارقة بحكم العادة المستمرة

(فصل) ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار المكثري نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعي لأن التالف غير المعقود عليه وإنما تلف مال المكثري فيه فأشبهه من اشترى دكانا فاحترق متاعه فيه ، ثم إن أمكن المكثري الانتفاع بالارض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك ، وإن تعذر ذلك فلا اجر لازم له لأن تعذر

له إلى الفسخ كما لو تعذر المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم إليه الفسخ وملكه المسلم ، فإن اختار امضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم إذا صبر عند تعذر المسلم فيه إلى حين وسبوه لم يكن له أكثر من المسلم فيه وإن فسخ العقد قبل العمل سقط الاجر والعمل ، وإن كان بعد عمل بعضه فله أجر المثل لأن العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع إلى أجر المثل

(مسألة) (ولا تجوز الاجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القرية كالحج والاذان ، وعنه تجوز)

معنى قوله يختص فاعله أن يكون من أهل القرية أنه يكون مسلما ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الاستنجار على عمل يختص فاعله أن يكون مسلما كالامامة والحج والاذان وتعليم القرآن فروي عنه أنها لا تصح وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهري ، وكره إسحاق تعليم القرآن بأجر ، قال عبد الله بن شقيق : هذه الرغفان التي يأخذها المملعون من السحت ، وكره أجر المعلم مع الشرط الحسن وابن سيرين وطائفة والشعبي والنخعي ، وعن أحمد رواية أخرى انه يجوز حكاها أبو الخطاب ، ونقل أبو طالب عن أحمد انه قال : التعليم أحب إلي من أن يتوكل هؤلاء السلاطين ، ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس في شعبة ، ومن أن يستدين ويتجر له لا يقدر على الوفاء ، فيلقى الله بأمانات الناس التعليم أحب إلي ، وهذا يدل على أن منعه منه في موضع منعه للكره لا للتنحر

لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا لمعنى في العين ، وإن تعذر الزرع ؛ بسبب غرق الارض أو انقطاع مائها فللمستأجر الخيار لانه لمعنى في العين ، وإن تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لانه لم يتلفه مباشرة ولا بسبب ، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لانه عيب فان كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضا ويبقى الزرع في الارض إلى أن يستحصد وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لارض لما مثل ذلك الماء ، وكذلك ان انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك بعض الزرع أو يسوء حاله به

(فصل) وإذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون لتفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكاله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الفاصب بخير المالك بعد المدة من أخذه بالقيمة أو تركه بالاجر لما زاد على المدة لانه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه ، وإن اختار المستأجر قطع زرعه في الحال وتفريغ الارض فله ذلك لانه يزيل الضرر ويسلم الارض على الوجه الذي اقتضاه العقد ، وذكر القاضي أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الارض ، وإن اتفقا على تركه بهوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الفاصب وقياس مذهبنا ما ذكرناه

(الحال الثاني) أن يكون بقاؤه بغير تفريط مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فأبطل لبرد أو غيره فانه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني قالوا يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع فيلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل

ومن أجاز ذلك مالك والشافعي ، ورخص في أجور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لارسول الله ﷺ زوج رجلاً بماء من القرآن متفق عليه ، فإذا جاز تعليم القرآن عوضاً في النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه في الاجارة . وقال رسول الله ﷺ « أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله » حديث صحيح ، وفي حديث أبي سعيد أن رجلاً رقى رجلاً بفاتحة الكتاب على جعل فبراً وأخذ أصحابه الجعل فأتوا به النبي ﷺ فأخبروه وسألوه فقال « لعمرى لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق ، كلوا واضربوا لي معكم بسهم » حديث صحيح . وإذا جاز أخذ الجعل جاز أخذ الاجر لانه في معناه ، ولانه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الاجر عليه كبناء المساجد ولان الحاجة تدعو الى الاستئابة في الحج عن وجب عليه وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج إلى بذل الاجر فيه

روجه الرواية الاولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال إن آخر ما عهد إلي رسول الله ﷺ أن آخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجرأ . قال الترمذي هذا حديث حسن . وروى عبادة بن الصامت قال

ولنا أنه حصل الزرع في أرض غيره بأذنه من غير تفريط فلزم تركه كما لو أعاره أرضاً فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع، وقولهم إنه مفراط غير صحيح لأن هذه المدة التي جرت العادة بكامل الزرع فيها وفي زيادة المدة تفويت زيادة الاجر بغير قائدة و تضميم زيادة متيقنة لتحصيل شيء . فتوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطاً، ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في الاجارة فللمالك منعه لانه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق فملك منعه منه فان زرع لم يملك مطالبته بقامه قبل المدة لانه في أرض يملك نفعها ولانه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال اذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها إلى المؤجر فارغة

(فصل) وإذا ا كثرى الارض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل ان يكتري خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في سنة نظرنا فان شرط تفريطها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لانه لا يبغي إلى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لاخذة إياه تضميلاً أو غيره ويلزمه ما التزم ، وان أطلق العقد ولم يشترط شيئاً احتمل أن يصح لان الانتفاع بالزرع في هذه المدة ممكن ، واحتمل أنه ان أمكن أن ينتفع بالارض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه مثل أن يزرعها شعيراً يأخذ تضميلاً صح العقد لان الانتفاع بها في بعض ما اقتضاء العقد ممكن ، وإن لم يكن كذلك لم يصح لانه ا كثرى

علمت أناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة فأهدى إلي رجل منهم قوساً قال قلت قوسى وليست بمال قلت أنتقلها في سبيل الله وذكرت ذلك لرسول الله ﷺ وقص عليه القصة قال : ان مراكب أن يقلدك الله قوساً من نار فاقبلها » وعن أبي بن كعب أنه علم رجلاً سورة من القرآن فأهدى له خميصية أو ثوباً فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال « لو انك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار » وعن أبي قال : كنت أختلف إلى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته أقرئه القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له هلي طعام أخي فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة فحاك في نفسي منه شيء . فذكرته للنبي ﷺ فقال « ان كان ذاك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه ، وان كان يتحلف بك فلا تأكله » وعن عبد الرحمن بن شبل الانصاري قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « اقرءوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تنجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به » روى هذه الاحاديث كلها الاثرم في سننه ، ولان من شرط صحة هذه الافعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يجوز أخذ الاجر عليها كما لو استأجر قوما يصلون خلفه الجمعة أو الزاوية . فاما الاخذ على الرقية فان احمد اختار جوازه وقال لا بأس ، وذكر حديث أبي سعيد ، والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ الاجر عليها والجمالة أو سم من الاجارة ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة وقوله عليه السلام « أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله » يعني الجعل أيضاً في الرقية لانه ذكر ذلك في سياق خبر

لزرع مالا ينتفع بالزرع فيه أشبه إجارة السبخة له، فإن قلنا يصح فإن انقضت المدة ففيه وجهان (أحدهما) حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكل في مدته لأنه ههنا مفرط، واحتمل أن يلزم المكري تركه بالأجر لأن التفريط منه حيث أكره مدة لزرع لا يكل فيها، وإن شرط تبقية حتى يكل فالعقد فاسد لأنه جمع بين متضادين فإن تقدير المدة يقتضي النقل فيها وشرط التبقية بخالفه ولأن مدة التبقية مجهولة فإن زرع لم يطالب بنقله كالتي تقدمت

(فصل) إذا أجره للغراس سنة صح لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباعة المفصودة فأشبهت سائر المنافع وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة أو أطلق وله أن يفرس قبل انقضاء المدة فإذا انقضت لم يكن له أن يفرس لزوال عقده، فإذا انقضت السنة وكان قد شرط القلع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه، وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ولا على المكري تسوية الحفر وإصلاح الأرض لأنهما دخلا على هذا لرضاهاما بالقلع واشتراطها عليه، وإن اتفقا على إبقائه بأجر أو غيره جاز إذا شرطاً مدة معلومة، وكذلك لو أكرى الأرض سنة بعد سنة كلما انقضى عقد جدد آخر جاز، وإن أطلق العقد فلا مكري القلع لأن الغراس ملكه فله أخذه كطعامه من الدار التي باعها، وإذا قلع فعليه تسوية الحفر لأنه نقص دخل على مالك غيره بغير إذنه، وهكذا إن قلعه قبل انقضاء المدة ههنا وفي التي قبلها لأن القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ولأنه تصرف في الأرض تصرفاً نقصها لم

الرقية، وأما جعل تعليم القرآن صداقاً فعنه فيه اختلاف، وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صداق إنما قال «زوجتكما بها معك من القرآن» فيحتمل أنه زوجها إياه بغير صداق أكراماً له كما زوج أباً طليعة أم سليم على إسلامه ونقل عنه جوازه، والفرق بين المهر والأجر أن المهر ليس بعوض محض وإنما واجب نخلة ووصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الأجر في غيره

(فصل) فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الأمور لأن بيت المال من مصالح المسلمين فإذا كان بذله لمن يتعدى نفعه إلى المسلمين محتاجاً إليه كان من المصالح وكان له أخذه لأنه من أهله وجري مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الأجر

(فصل) فإن أعطى المعلم شيئاً من غير شرط جاز في ظاهر كلام أحمد فإنه قال في رواية أبوب ابن سافري لا يطلب ولا يشارط فإن أعطى شيئاً أخذه، وقال في رواية أحمد بن سعيد أكره أجر المعلم إذا شرط، وقال إذا كان المعلم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئاً إن أتاه شيء قبله كأنه يراه أهون، وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخصيصة التي أعطيتها أبي وعبادة من غير شرط، ولأن ذلك قرينة فلم يجوز أخذ العوض عنه بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام. ووجه الأول قول النبي ﷺ «ما أناك من هذا المال من غير مسئلة ولا إشراف نفس فخذ وتموله فإنه رزق ساقه الله إليك» وقد أرخص رسول الله ﷺ في أكل طعام الذي كان يعلمه إذا كان طعامه وطعام أهله ولأنه إذا

يقتضيه عقد الاجارة ، وان أبى القلع لم يجبر عليه إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه فيجبر حينئذ وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك عليه القلع من غير ضمان النقص له لان تقدير المدة في اجارة يقتضي التفريط عند انقضائها كما لو استأجرها للزراع

ولنا قول النبي ﷺ ليس لعرق ظالم حق ، مفهومه ان ما ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم ولانه غرس باذن المالك ولم بشرط قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضاً للغرس مدة فرجع قبل انقضائها وبخاف الزرع فانه لا يقتضي التأييد ، فان قيل فان كان اطلاق العقد في الغراس يقتضي التأييد فشرط القلع يتأني مقتضى العقد فينبغي أن يفسده ، قلنا انما اقتضى التأييد من حيث ان العادة في الغراس التبقية فاذا أطلقه حمل على العادة واذا شرط خلافه جاز كما اذا باع بغير نقد البلد أو شرط في الاجارة شرطا يخالف العادة . اذا ثبت هذا فان رب الارض يخير بين ثلاثة أشياء (أحدها) أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه (الثاني) أن يعلق الغراس والبناء ويضمن ارش نفعه (الثالث) أن يقر الغراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك يخير بين دفع قيمته فيملكه وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شريكين وليس بصحيح لان الغراس ملك لغارسه لم يدفع اليه عنه عوض ولا رضي بزوال ملكه عنه فلا يزول عنه كسائر الغرس ، وإن انتفع على بيع الغراس والبناء المالك جاز وإن باعها صاحبها لغير مالك الارض جاز ومشتريهما يقوم

كان بغير شرط كان هبة مجردة فجاز كما لو لم يعلمه شيئاً ، فأما حديث القوس والخصيصة فتقضيان في عين فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنهما فعلا ذلك خالصا فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ، ويحتمل غير ذلك ، فأما ان أعطي المعلم أجرأ على تعليم الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال : ان كان المعطي يتوهم أنه يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو إذا كان كذا ولان هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً فجاز مع غيره كسائر ما يجوز الاستئجار عليه وهكذا لو كان امام المسجد قياما يكتسه ويسرج قناديله ويغلق بابه ويفتحه فأخذ أجرأ على خدمته ، أو كان النائب في الحج يخدم المستنيب له في طريق الحج وليشد له ويحج عن قريبه فدفع اليه أجرأ لخدمته جاز ذلك ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية كتعليم الخط والحساب والشعر وشبهه وبناء المساجد والقناطر فيجوز أخذ الاجرة عليه لانه يقع تارة قرية وتارة غير قرية فلم يمنع من الاستئجار لفعله كغرس الاشجار وبناء البيوت وكذلك في تعليم الفقه والحديث ذكره شيخنا ، وذكر القاضي في الخلاف أنهما من القسم الاول ، والاولى ما ذكره شيخنا لكون فاعله لا يختص أن يكون من أهل القرية ، وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الانسان لنفسه وحججه عن نفسه ، وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجرة عليه بغير خلاف لان الاجر عوض للانتفاع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبهه اجارة الاعيان التي لا نفع فيها

فيهما مقام البائس ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ليس له بيعهما لغير مالك الارض لان ملكه ضعيف بدليل أن لصاحب الارض تملكه عليه بالقيمة من غير اذنه

ولنا أنه مملوك له يجوز بيعه لذلك الارض فجاز لغيره كشتص مشفوع وبهذا يبطل ما ذكره فان للشفيع تملك الشقص وشراؤه ويجوز بيعه لغيره ، فأما ان شرط في العقد تبقي الفراس فذكر القاضي أنه صحيح وحكمه حكم مالو أطلق العقد سواء وهو قول أصحاب الشافعي وبجمله أن يبطل العقد لانه شرط ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في الزرع الذي لا يكمل قبل انقضاء المدة ، ولان الشرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط تبقي الزرع بعد مدة الاجارة

(مسألة) قال (ويجوز أن يستأجر الاجير بطعامه وكسوته)

اختلفت الرواية عن أحمد فبين استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروي عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك واسحاق وروى عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عنه أن ذلك جائز في الفأثر دون غيرها اختارها القاضي وهذا مذهب أبي حنيفة لان ذلك مجبول وإنما جاز في الفأثر لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فأوجب لمن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لان الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجة وإن لم ترضع لان

(مسألة) (وان استأجر من يحججه صح ، ويكره لغيره أكل أجرته ويطعمه الرقيق والبهائم ، وقال القاضي لا يصح)

يجوز أن يستأجر حجاً ليعججه وأجره مباح اختاره أبو الخطاب وهو قول ابن عباس قال أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة ويحيى الانصاري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي لا يجوز وذكر أن أحمد نص عليه قال وان أعطي شيئاً من غير عقد ولا شرط. فله أخذه وبصرفه في علف دابته وطعم عبيده ومؤنة صناعته ولا يحل أكله وبمن كره كسب الحجام عمار وأبو هريرة والحسن والنخعي لان النبي ﷺ قال « كسب الحجام خبيث » متفق عليه وقال أطعمه ناضحك ورقيةك

ولنا ما روى ابن عباس قال : احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراماً لم يعطه متفق عليه ، وفي لفظ ولو علمه خبيثاً لم يعطه ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلمها أن يكون من أهل القرية فجاز الاستئجار عليها كالختان ولان بالناس حاجة اليها ولا يجد كل أحد متبرعاً بها فجاز الاستئجار عليها كالرضاع ولان قول النبي ﷺ في كسب الحجام « أطعمه رقيقك » دليل على إباحته اذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله فان الرقيق آدمي يحرم عليه أكل ما حرم على الحر وتخصيص ذلك بما

الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوجة ، ولان المنفعة في الحضانة والرضاع غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك ، وروي عنه رواية ثالثة لا يجوز ذلك بحال لافي الظئر ولا في غيرها ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لان ذلك يختلف باختلافا كثيرا امتباينا فيكون مجهولا والاجر من شرطه أن يكون معلوما

ولنا ما روى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى بلغ قصة موسى قال : ان موسى آجر نفسه ثمانين حجج أو عشرأ على عفة فرجه وطعام بطنه « وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال كنت أجيرا لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم اذا نزلوا وأحدوا بهم اذا ركبوا ، ولان من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه فلم يظهر له تكبير فكان اجماعا ، ولانه قد ثبت في الظئر بالآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولانه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كمنفعة الزوجة ولان للكسوة عرفا وهي كسوة الزوجات والاطعام عرف وهو الاطعام في الكفارات فجاز اطلاقه كنفقة البلد ونخص أبا حنيفة بأن ما كان عوضا في الرضاع جاز في الخدمة كالإئمان . اذا ثبت هذا فانهما إن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة رجع في القوت إلى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله ، قال أحمد اذا تشاحا في الطعام يحكم له بمد كل

أعطيه من غير استئجار تحكم لادليل عليه ، فعلى هذا تسمية كسبه خبيثا لا يلزم منه التحريم فقد سمى النبي ﷺ الثوم والبصل خبيثين مع إباحتهما وانما كره النبي ﷺ ذلك للحر تنزيها له لدناءة صناعته وليس عن أحد نص في تحريم كسب الحجام ولا استئجاره عليها وانما قال نحن نعطيها كما أعطى النبي ﷺ ونقول له كما قال النبي ﷺ لما سئل عن أكله نهاء ، وقال « أعلفه الناضح والريق » هذا معنى كلامه في جميع الروايات وليس هذا صريحا في تحريمه بل فيه دليل على إباحته كما في قول النبي ﷺ على ما بينا ، فان إعطائه للحجام دليل إباحته اذ لا يعطيه ما يحرم عليه وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم إياها؟ فعلى هذا يكون نهيه عليه السلام عن أكله نهى كراهة لا نهى تحريم وكذلك قول الامام أحمد فانه لم يخرج عن قول النبي ﷺ وفعله بل قصد اتباعه ، وكذلك سائر من كرهه من الائمة يتعين حمل قولهم على الكراهة فلا يكون في المسئلة قائل بالتحريم . اذا ثبت هذا فانه يكره للحر أكل أجرة الحجام ويكره تعلم صناعة الحجامة وإجارة نفسه لما ذكرنا من الاخبار ولان فيها دناءة فكره الدخول فيها كالسكران ، وفيما ذكرناه إن شاء الله جمع بين الاخبار وتوفيق بين الأدلة الدالة عليها فعلى هذا يطعمه الرقيق والبهائم كما جاء في الاخبار الصحيحة والله أعلم

(فصل) فأما استئجار الحجام لغير الحجامة كالقص وخلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شي من الجسد «حاجة اليه فجائز لان قول النبي ﷺ « كسب الحجام خبيث » يريد بالحجامة كما نهى عن مهر البغي

يوم ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من اطعام المساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ولأن الاطعام مطلق في الموضعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر ، وليس له اطعام الاجير إلا ما يوافق من الاغذية لأن عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه

(فصل) وإن شرط الاجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كما يوصف في السلم جاز ذلك عند الجميع وإن لم يشترط طعاماً ولا كسوة نفقته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر قال ابن المنذر لا أعلم عن أحد خلافاً فيما ذكرت ، وإن شرط الاجير طعام غيره وكسوته موصوفاً جاز لأنه معلوم أشبهه مالهو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للاجير إن شاء أطعمه وإن شاء تركه ، وإن لم يكن موصوفاً لم يحز لأن ذلك مجهول احتمال فيما إذا شرطه للاجير للحاجة اليه وجرت العادة به فلا يلزم احتمالها مع عدم ذلك ، ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يحز لأنه مجهول ولا عرف له يرجع اليه ولا نعلم أحداً قال بجوازه إلا أن يشترطه موصوفاً فيجوز

(فصل) وإن استغنى الاجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لأنها عوض فلا تسقط بالغنى عنه كالدرهم ، وإن احتاج لدواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك لأنه لم بشرط له الاطعام إلا صحيحاً لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح يشتري له الاجير ما يصلح لأن مازاد على طعام الصحيح لم يقدّر العقد عليه فلا يلزم به كالأند في القدر

أي في البقاء ، ولذلك لو كسب في بضاعة أخرى لم يكن خيبنا به بخلاف وهذا النهي بخلاف القياس فيختص بالمحل الذي ورد فيه ولأن هذه الامور تدعو الحاجة اليها ، ولا تحريم فيها فجازت الاجارة فيها كسائر المنافع المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر كعالة ليكمل عينه لأنه عمل جائز ويمكن نسليمه ويقدر على ذلك بالمدة لأن العمل غير مضبوط ويحتاج الى بيان عدد ما يكمله في كل يوم مرة أو مرتين فإن قدرها بالبرء فقال القاضي لا يجوز لأنه غير معلوم ، وقال ابن أبي موسى لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء ، لأن أبا سعيد حين رقي الرجل شارطه على البرء ، قال شيخنا والصحيح إن شاء الله جواز ذلك لكي يكون جمالة لا إجارة فإن الاجارة لا بد فيها من مدة معلومة أو عمل معلوم والجمالة تجوز على عمل مجهول كرد النقطة والآبق وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جمالة فيجوز ههنا مثله. إذا ثبت هذا فإن الكحل ان كان من العايل جاز لأن آلات العمل تكون من المستأجر كالبناء والطين والآجر ونحوها وإن شرطه على الكحال جاز ، وقال القاضي يحتمل أن لا يجوز لأن الاعيان لا تملك بعقد الاجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط

ولنا ان العادة جارية به ويشق على العامل تحصيله وقد يعجز عنه بالكيفية فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ والحبر والاقلام من الوراق وما ذكره ينتقض بهذين الاصلين ، وفارق لبن الحائط لأن العادة تحصيل

(فصل) اذا دفع اليه طعامه فأحب الاجير أن يستفضل بعضه لنفسه نظرت فان كان المؤجر دفع اليه أكثر من الواجب ليأكل قدر حاجته وبفضل الباقي أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المؤجر بان يضعف عن العمل أو يقل ابن الظئر منع منه لانه في الصورة الاولى لم يملكه اياه وانما أباحه أكل قدر حاجته ، وفي الثانية على المؤجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعة فنع منه كالجمال اذا امتنع من علف الجمال ، وإن دفع اليه قدر الواجب من غير زيادة أو دفع اليه أكثر وملكه اياه ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجر جاز لانه حق لا ضرر على المؤجر فيه فأشبهه الدرهم

(فصل) وإن قدم اليه طعاما فتهب أو تلف قبل أكله نظرت فان كان على مائدة لا يخصه فيها بعطامه فهو من ضمان المستأجر لانه لم يسلمه اليه فكان تدمه من ماله ، وإن خصه بذلك وسلمه اليه فهو من ضمان الاجير لانه تسليم عوض على وجه التملك أشبه البيع

(فصل) اذا دفع إلى رجل ثوبا وقال به بكذا فما ازددت فهو لك صح نص عليه أحمد في رواية أحمد بن سعيد وروى ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن سيرين واسحاق وكرهه النخعي وحماد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم ولنا ما روى عطاء عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسا أن يعطي الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك فيقول به بكذا وكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف ولانها عين تنمي بالعمل

المستأجر إياه ولا يشق ذلك بخلاف مسئلتنا ، وقال أصحاب مالك يجوز أن يستأجر من يبني له جداراً والآجر من عنده لانه اشترى ما تم به الصنعة التي عقد عليها فاذا كان معروفاً جاز كما لو استأجره ليصبغ له ثوبا والصبغ من عنده

ولنا ان عقد الاجارة عقد على المنفعة فاذا شرط بيع العين صار كبيعين في بيعه ويفارق الصبغ من حيث ان الحاجة داعية اليه ، لان تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب وقد يكون الصبغ لا يحصل الا في خب يحتاج الى مؤنة كثيرة لا يحتاج اليها في صبغ هذا الثوب فجاز لميسر الحاجة اليه بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان استأجره مدة فكعله فيها فلم تبرأ عينه استحق الاجر وبه قال الجماعة ، وحكي عن مالك انه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ولم يحك ذلك أصحابه وهو فاسد لان المستأجر قد وفي العمل الذي وقع العقد عليه فوجب له الاجر وان لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوماً أو لحياطة قميص فلم يتمه فيه فان برأت عينه في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة لتعذر العمل فهو كما لو ججز عنه أمر غالب وكذلك لو مات فان امتنع عن الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بمضي المدة كما لو استأجره يوماً لبناء فلم يستعمله فيه ، فأما ان شرطه على البر ، فهي جمالة لا يستحق شيئاً حتى يوجد البر سواء وجد قريباً أو بعيداً فان بريء بغير كعله أو تعذر الكحل

فيها أشبه دفع مال المضاربة . اذا ثبت هذا فان باعه بزيادة فهي له لانه جعلها أجرة ، وإن باعه بالقدر المسمى من غير زيادة فلا شيء له لانه جعل له الزيادة ولا زيادة ههنا فهو كالمضارب اذا لم يربح ، وإن باعه بنقص عنه لم يصح البيع لانه وكيل مخاف ، وإن تعذر رده ضمن النقص وقد قال أحد يضمن النقصان مطلقا وهذا قد مضى مثله في الوكالة ، وإن باعه نسيئة لم يصح البيع لان اطلاق البيع يقتضي النقد لما في النسيئة من ضرر التأخير والخطر بالمال ليحصل له نفع الربح ، ويفارق المضارب على رواية حيث يجوز له البيع نساء لانه يحصل لرب المال نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيئة وههنا لفائدة لرب المال في الربح بحال ، ولان مقصود المضاربة تحصيل الربح وهو في النسيئة أكثر وههنا ليس مقصود رب المال الربح ولا حظ له فيه فلا فائدة له فيه ، وقال أحد في رواية الاثرم ليس له شيء يعني اذا زاد على العشرة لان الاطلاق انما اقتضى بيعها حالا ، فاذا باعها نسيئة فلم يمثل الاثرم فلم يستحق شيئا

(فصل) قال أحد رحمه الله في رواية مهنا لا بأس أن يحصص الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه وهو أحب إلي من المقاطعة انما جاز ههنا لانه اذا شاهده فقد علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئا علم جزاء المشاع فيكون أجراً معلوماً واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة لانه ربما لم يخرج من الزرع مثل الذي قاطعه عليه وههنا يكون أقل منه ضرورة

لموته أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل في الجعالة ثم فسخ العقد فان امتنع لاسر من جهة الكحال أو غير المستأجر فلا شيء له وإن فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله وإن فسخ الكحال فلا شيء له على ما يذكر في باب الجعالة ان شاء الله تعالى (فصل) وبصح ان يستأجر طبيباً لمداواته والكلام فيه كالسكلام في الكحال سواء لانه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لانه انما جاز في الكحال على خلاف الاصل للحاجة اليه وجري العادة به ولم يوجد ذلك المنتم ههنا فيثبت الحكم فيه على وفق الاصل

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرره لانه منفعة مباحة مقصودة فجاز ذلك عليها كالخنان فان أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لانه من جنائته وإن برأ الضرر من قبل قلعه انفسخت الاجارة لان قلعه لا يجوز وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان أنلاف جزء الآدمي محرم في الاصل وإنما أبيع اذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفوض الى كل انسان في نفسه اذا كان أهلاً لذلك فصاحب الضرر من أعلم بمضرته ونفعه وقدر ألمه

(فصل) قال رضي الله عنه (وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمنه فاذا اكثرت داراً لسكنى فله أن يسكنها مثله لانه لم يزد على استيفاء حقه ولانه حقه فجاز أن يستوفيه بنفسه وبوكيله إذا كان مثله في الضرر أو دونه كقبض المبيع واستيفاء الدين ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به من الرحل

(مسئلة) قال (وكذلك الظئر)

يعني انه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه، وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر وهي المرضعة وهو في كتاب الله تعالى في قوله سبحانه وتعالى (فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن) واسترضع النبي ﷺ لولده إبراهيم، ولان الحاجة تدعو اليه فوق دعائها إلى غيره فان الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز ذلك كالأجارة في سائر المنافع ثم ننظر فان استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع أو لهما جاز، وان أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضانة فيه وجهان (أحدهما) لا تدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لان العقد ماتناولها (والثاني) تدخل وهو قول أصحاب الرأي لان العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الاطلاق على ما جرى به العرف والعادة ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(والحضانة) تربية الصبي وحفظه وجعله في سريرته وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وأشياء ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ماتحت الابط وما يليه وسميت التربية حضانة تجوزاً من حضانة الطير ليضه وفراخه لانه يجعلها تحت جناحيه فسميت تربية الصبي بذلك أخذاً من فعل الطائر (فصل) ويشترط لهذا العقد أربعة شروط (أحدها) أن تكون مدة الرضاع معلومة لانه لا يمكن

والطعام ويخزن فيه الثياب وغيرها مما لا يضر بها ولا يسكنها من يضر بها كالفنصارين والحدادين ولا يجعل فيها الدواب لانها تروث فيها وتفسدها، ولا يجعل فيها السرجين ولا رحي ولا ما يضر بها ولا شيئاً ثقيلاً فوق سقف لانه يثقله وقد يكسر خشبه فان شرط ذلك جاز وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً ولا يملك فعل ما يضر بها لانه فوق المأمور عليه فلم يكن له فعله كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه فان جعل الدار مخزناً للطعام فقال أصحابنا يجوز ذلك لانه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره ويحتمل أن لا يجوز لانه يفضي إلى تخريق الغار أرضها وحيطاتها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار

(فصل) وان أكثرى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لان العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فكان له أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه وله استيفاء أقل منه لانه بعض حقه وليس له استيفاء أكثر منه لانه أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوي في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب، وقال القاضي يشترط أن يكون مثله في هذه الاوصاف كلها لان قلة المعرفة بالركوب يثقل على الركوب ويضر به قال الشاعر

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا فهم يقال على أكفأها عنف

تقديره إلا بها فان السقي والعمل فيها يختلف (الثاني) معرفة الصبي بالمشاهدة لان الرضاع يختلف باختلاف الصبي في كبره وصفه ونهته وقناعته ، وقال القاضي يعرف بالصفة كالراكب (الثالث) موضع الرضاع لانه يختلف فيشق عليها في بيته ويسهل عليها في بيتها (الرابع) معرفة العوض وكونه معلوما كما سبق

(فصل) واختلف في المعقود عليه في الرضاع فقيل هو خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فمه تبع كالصبي في اجارة الصباغ ، وماء البئر في الدار لان اللبن عين من الاعيان فلا يعقد عليه في الاجارة كابن غير الآدمي وقيل هو اللبن ، قال القاضي هو أشبه لانه المقصود دون الخدمة ، ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحققت الاجرة ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئا ولان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل الاجر مرتباً على الارضاع فبدل ، على أنه المعقود عليه ، ولان العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها ، وأما كونه عيناً فاما جاز العقد عليه في الاجارة رخصة لان غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو الى استيفائه وانما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان للضرورة الى حفظ الآدمي والحاجة الى ابقائه

(فصل) وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ويصلح به والمكثري مطالب بها بذلك لانه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه اضرار بالصبي ومتى لم ترضعه وانما أسقته ابن الغنم أو أطمعته

ولنا ان التفاوت في هذه الامور مع التساوي في الثقل يسير فعفي عنه ولهذا لا يشترط ذكره في الاجارة ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الاجارة كالثقل والحفة

(فصل) فان شرط أن لا يستوفي المنفعة بمثله ولا بمن دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط فانهم قالوا فيمن شرط أن يزرع في الارض حنطة ولا يزرع غيرها يبطل الشرط ويصح العقد، ويحتمل أن يصح الشرط وهو أحد الوجهين للشافعية لان المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به ولانه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لانه ينافي موجب العقد إذ موجب ملك المنفعة والتسليط على استيفائها بنفسه ونائبه واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائيه والشرط ينافي ذلك فكان باطلاً ولا يبطل به العقد في أصح الوجهين لانه لا يؤثر في حق المؤجر نفعا ولا ضرراً فالقي وبطل العقد على مقتضاه والآخر يبطله لانه ينافي مقتضاه أشبه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع

(مسألة) (وله استيفاء المنفعة وما دونها في الضرر من جنسها)

قال احمد اذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرأ فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأس اذا كان الوزن واحداً وان كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة المعقود عليها في الضرر لم يجوز لانه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه

فلا أجر لها لانها لم توف المعقود عليه فأشبهه مالو اكترهاا الحياطة ثوب فلم تحطه ، وان دفعته الى خادمتها فأرضعته فكذلك ، وبه قال أبو ثور وقال أصحاب الرأي لها أجرها لان رضاعه حصل بفعلها ولنا أنها لم ترضعه فأشبهه مالو سقته لبن الغنم ، وإن اختلفا فقالت أرضعته فأذكر المسترضع قال قول قولها لانها مؤتمنة

(فصل) ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ومديرة وأم ولده ومن علق عنقه بصفة والمأذون لها في التجارة للارضاع لانه عقد على منفعتها أشبه إيجارها للخدمة ، وليس لواحدة منهن إجارة نفسها لان نفعها لسيدها وان كان لها ولد لم تجز إيجارها للارضاع الا أن يكون فيها فضل عن ربه لان الحق لولدها وليس لسيدها إلا ما فضل عنه ، وان كانت مزوجة لم تجز إيجارها لذلك إلا باذنه لانه يفوت حق الزوج لاشتغالها عنه بارضاع الصبي وحضائه ، فان أجرها للارضاع ثم زوجها صح النكاح ولا يفسخ عقد الاجارة ويكون الزوج أن يستمتع بها في حال فراغها من الرضاع والحضانة . وقال مالك ليس لزوجها وطؤها إلا برضى المستأجر لانه ينقض الابن وقد يقطعه ولنا أن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لأمر مشكوك فيه ، وليس للسيد اجارة مكانته لان منافعها اليها ولذلك لم يملك سيدها تزويجها ولا وطؤها ولا إيجارها في غير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لانه من جهات الاكتساب

(مسئلة) (فاذا استأجر أرضا لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه وليس له زرع الدخن ونحوه ولا يملك الغرس ولا البناء ولو اكترهاا لاحدهما لم يملك الآخر)
وجملة ذلك ان اجارة الارض صحيحة وقد ذكرناه ولا يصح حتى يرى الارض لان المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية لكونها لا تنضب بالصفة ولا يصح حتى يذكر ما يكثرى له من زرع أو غرس أو بناء لان الارض تصاح لذلك كله وتأثيره في الارض يختلف فوجب بيانه فان قال أجرتكها لتزرعها أو تغرسها لم يصح لانه لم يعين أحدهما لانه أشبه ما لو قال بعثك أحد هذين العبدین ، فان قال لتزرعها ما شئت وتغرسها ما شئت صح وهذا منصوب الشاذي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لانه لا يدري كم يزرع ويغرس وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها ويغرس نصفها ولنا أن العقد اقتضى إباحة هذين الشئين فصح كما لو قال لتزرعها ما شئت ولان اختلاف الجنسین كاختلاف النوعین ، وقوله لتزرعها ما شئت اذن في نوعین وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسین وله أن يغرسها كلها وأن يزرعها كلها كما لو اذن له في أنواع الزرع كله كان له زرعها نوعا واحدا وزرعها جميعا من نوعین وكذلك ههنا

(فصل) فان اكترهاا الزرع وحده ففيه أربع مسائل (احدها) ان اكترهاا المزرع مطلقا أو قال لتزرع ما شئت فيصح وله زرع ما شاء وهذا مذهب الشافعي وحكي عن ابن مريج أنه لا يصح

(فصل) ويجوز للرجل استئجار أمته وأخته وابنته لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف، وإن استأجر امرأته لرضاع ولده منها جاز هذا الصحيح من مذهب أحمد وذكره الحرق فيقال وإن أرادت الأم أن ترضعه بأجر مثلها فهي أحق به من غيرها سواء. كانت في حبال الزوج أو مطلقة وقال القاضي ليس لما ذكرك وتناول كلام الحرق على أنها في حبال زوج آخر، وهذا قول أصحاب الرأي وحكي عن الشافعي لأنه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك ولنا أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ولأن منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل أنه لا يملك إجبارها على حضانة ولدها ويجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره فجاز لها أخذه منه كسمن مالها. وقولهم أنها استحققت عوض الحبس والاستمتاع، قلنا هذا غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواءها بعوض آخر كما لو استأجرها أولاً ثم تزوجها، وتناول القاضي كلام الحرق بخلاف الظاهر من وجهين (أحدهما) أن الألف واللام في الزوج للمعهود وهو زوجها أبو الطفل (والثاني) أنها إذا كانت في حبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع إلا بذن زوجها ففسد التأويل (فصل) وتنسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها، وحكي عن أبي بكر أنها لا تنسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين

حتى يبين الزرع لأن ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكثرى له من زرع أو غرس أو بناء ولنا أنه يجوز استئجارها لاكثر الزرع ضرراً وبإباح له جميع الأنواع لأنها دونه فإذا غرس أو أطلق تناول الأكثر وكان له ما دونه، وبخلاف الاجناس المختلفة فإنه لا يدخل بعضها في بعض، فإن قيل فلو أكثرى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب قلنا لأن اجارة المركوب لاكثر الركاب ضرراً لا يجوز بخلاف المزروع ولأن الحيوان حرمة في نفسه فلم يجوز إطلاق ذلك فيه بخلاف الأرض، فإن قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجوز أن يسكنها من يضر بها كالتحصار والحداد فلم قلتم أنه يزرعها ما يضر بها؟ قلنا السكنى لا تقتضي ضرراً فلذلك منع من سكنها من يضر بها لأن العقد لم يقتضه والزرع يقتضي الضرر فإذا أطلق كان راضياً بأكثره فهذا جاز، وليس له أن يغرس في هذه الأرض ولا يبنى لأن ضرره أكثر من المفقود عليه (المسئلة الثانية) أكرهاها لزرع حنطة أو نوع بعينه فإن له زرع ما عينه وما ضرره كضرره أو دونه ولا يتعين ما عينه في قول عامة أهل العلم إلا أهل الظاهر فانهم قالوا لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجوز أن يزرع بيضاء لأنه عينه بالعقد فلم يجوز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدرهم في الثمن

ولنا أن المفقود عليه منفعة الأرض دون القمح ولهذا يستقر عليه الأجر بمضي المدة إذا تسلم الأرض ولم يزرعها وإنما ذكر القمح لتقدر به المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها فله أن

ولنا انه ملك المعقود عليه أشبه ماله ملكك البيعة المستأجرة ، وان مات الطائر انفسح العقد
لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه لانه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف
الابن باختلافهم فانه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذا منصوص الشافعي ، وإذا انفسخ العقد
عقبه بطلت الاجارة من أصلها ورجع المستأجر بالاجر كله وان كان في أثناء المدة رجع بحصة ما بقي
(مسألة) ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو أمة كما جاء في الخبر اذا
كان المسترضع موسراً

يعني بالخبر ماروى أبو داود بإسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجاج بن حجاج الاسلمي
عن أبيه قال قلت يا رسول الله ما يذهب غي مذة الرضاع؟ قال « الغرة العبد أو الأمة » قال الترمذي
هذا حديث حسن صحيح ، قال ابن الجوزي : المذمة بكسر الهمزة من الدمام وبفتحها من الدم ، قال
ابن عقيل إنما خص الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها لان فعلها في إرضاءه وحضائته سبب حياته وبقائه
وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاء هبتها رقية ليناسب ما بين النعمة والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى
المروضة أمًا فقال تعالى (وأما نكم اللاتي أرضعنكم) وقال النبي ﷺ « لا يجزي ولد والده الا أن
يجده مملوكا فيعتقه » وان كانت المروضة مملوكة استحب إعاقها لانه يحصل أخص الرقاب بها لما تحصل

يسكنها غيره ، وفارق المروكب والدراهم في الثمن فانه معقود عليها فتعينا والمعقود عليه هبنا منفة مقدرة
وقد تعينت أيضا ولم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المكيال والميراث في المكيل والموزون ، فعلى
هذا يجوز له زرع القمح والشعير والباقل لانه أقل ضررا وليس له زرع الدخن والذرة والقطن لانه
اما أن يكون أكثر ضرراً فيأخذ فوق حقه أو يكون ضرره مخالفاً لضرر القمح فيأخذ ما لم يتناوله
العقد ولا شيئاً من جنسه (المسئلة الثالثة) قال ازرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتى
قبلها الا أنه لا يخاف فيها لانه شرط ما اقتضاه الاطلاق وبين ذلك بصرح نصه فزال الاشكال
(المسئلة الرابعة) قال ازرعها حنطة ولا تزرع غيرها فذكر القاضي أن الشرط باطل لمناقضته مقتضى
العقد لانه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد
صحيح لانه لا ضرر فيه ولا غرض لا أحد المتعاقدين لان ما ضرره مثله لا يختلف في غرض المؤجر فلم
يؤثر في العقد فأشبه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه وقد ذكرنا فيما اذا اشترط مكترحي الداران
لا يسكنها غيره وجها في صحة الشرط وجها في فساد العقد فيخرج ههنا مثله

(فصل) فان أكرهاها لغراس ففيه ما ذكرنا من المسائل إلا أن يزرعها لان ضرر الزرع أقل من ضرر
الغراس وهو من جنسه لان كل واحد منها يضر بباطن الارض وليس له البناء لان ضرره مخالف لضرره
فانه يضر بظاهر الارض وان أكرهاها للزرع لم يملك الغراس ولا البناء لان ضرر الغراس أكثر

به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب
(مسئلة) قال (ومن اكرى دابة الى موضع فجاوزه فعليه الاجرة المذكورة وأجرة
المثل لما جاوز وان تلفت فعليه أيضا قيمتها)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين [أحدهما] في الاجر الواجب وهو المسمى وأجر المثل الزائد
نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا، ذكر القاضي ذلك، وروى الاثرم باسناده عن أبي الزناد
انه ذكر عن فقهاء المدينة السبعة وقال ربما اختلفوا في الشيء فأخذنا بقول أكثرهم وأفضاهم رأيا فكان
الذي وعيت عنهم على هذه الصفة: ان من اكرى دابة الى بلد ثم جاوز ذلك الى بلد سواء فان الدابة ان
سلمت في ذلك كله أدى كراهها وكراه ما بعدها وان تلفت في تعديها ضمنها وأدى كراهها الذي
تكرارها به وهذا قول الحكم وابن شبرمة والشافعي

وقال الثوري وأبو حنيفة لأجر عليه لما زاد لان المنافع عندهما لاتضمن في الغصب، وحكي عن
مالك انه إذا تجاوز بها الى مسافة بعيدة يخبر صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي
لانه تعدد بامساكها حابس لها عن أسواقها فكان اصحابها تضمينها إياه

ولنا أن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانت المسافة قريبة وما ذكره تحكم
لادليل عليه ولا نظير له فلا يجوز للمصير اليه وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في الغصب

وضرر البناء يخاف ضرره، وانا أكثرهما لبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع لان ضررها يخاف ضرره
(فصل) ولا تخلو الارض من قسمين (أحدهما) أن يكون لها ماء دائم اما من نهر لم تجر العادة
بانقطاعه أو لا ينقطع الا مسدة لا تؤثر في الزرع أو من عين تنبع أو بركة من مياه الامطار يجتمع فيها
الماء ثم تسقى به أو من يثر يقوم بكفائها أو ما يشرب بعروقه لنداوة الارض وقرب الماء الذي
تجرت الارض فهذا كله دائم ويصح استجاره للغرس والزرع وكذلك الارض التي تشرب من مياه
الامطار ويكتفي بالمعتاد منها لان ذلك بحكم العادة لا تنقطع الا نادرا فهي كسائر الصور المذكورة (والثاني)
أن لا يكون لها ماء دائم وهي نوعان (أحدهما) ما يشرب من زيادة معتادة تأتي وقت الحاجة كارض
مصر الشاربة من زيادة النيل وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه وأرض البصرة الشاربة من المد
والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة برد أو ما يشرب من الاودية الجارية من ماء المطر فتصح اجارتها
قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده وحكي ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعي وقال أصحابه ان أكرها
بعد الزيادة صح ولا يصح قبلها لأنها معدومة لا يعلم هل يقدر عليها أولا

ولنا أن هذا معتاد الظاهر وجوده فجازت اجارة الارض الشاربة منه كالشاربة من مياه الامطار
ولان ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد كالسلم في الفاكهة الى أوانها (النوع الثاني)
أن يكون مجيء الماء نادرا أو غير ظاهر كالارض التي لا يكفيها الا المطر الشديد الكثير الذي يندر

﴿ الفصل الثاني في الضمان ﴾

ظاهر كلام الحرفي وجوب قيمتها اذا تلفت به سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها الى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة اذا تلفت حال التعدي لما حكينا عنهم وقال القاضي ان كان المكتري نزل عنها وسلمها الى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري وان هلك والمكتري راكب عليها أو حملة عليها فعليه ضمانها، وقال أبو الخطاب ان كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن صاحبها معها لزم المكتري قيمتها كلها وان كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكتري لأنها تلفت في يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدي وان تلفت تحت الركاب ففيه قولان (أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها (والثاني) تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فإنه قال من اكترى جملاً لحمل تسعة فحمل عشرة تلفت فعلى المكتري عشر قيمته، وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة اذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت في يد صاحبها، فأما اذا تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكامل قيمتها

وجوده أو يكون شربها من فيض ماء وجوده نادر أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالبية فمذهبه ان أجرها بعد وجود ما يسقيها به صح لانه أمكن الانتفاع بها وزرعها فجازت اجارتها كذات الماء الدائم، وان أجرها قبله لم يصح لانه يتعذر الزرع غالباً أو يتعذر المعقود عليه في الظاهر فلم تصح اجارتها كالأبق والمقصوب، وان اكترها على أنها لا ماء لها جاز لانه يتمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها وله أن يزرعها رجاء الماء، وان حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لان ذلك من منافعها الممكن استيفائها، وليس له أن يبني ولا يفرس لان ذلك يراد لئلا يبدؤ بتقدير الاجارة بمدة يقتضي تفريغها عند انقضائها، فان قيل فلو استأجرها للغراس والبناء صح مع تقدير المدة؟ قلنا التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاء بظاهره في التفريغ عند انقضاء المدة الا أن يشترط قلم ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الغراس والبناء عما يراد له بظاهره بخلاف مسئلتنا، وان أطلق اجارة هذه الارض مع العلم بحالها وعدم مائها صح لأنهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها فأشبه ما لو شرطاه، وان لم يعلم عدم مائها أو ظن المكتري انه يمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد لانه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك يحصل لها ماء، وأنه يكتريها للزراعة مع أنه ربما لا يصح العقد على الإطلاق وان علم حالها لان إطلاق كراء الارض يقتضي الزراعة والاولى صحته لان العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه، ومتى كان لها ماء غير

لأنها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمقصورة وكذلك إذا تلفت تحت الركاب أو تحت حمله وصاحبها معها لأن اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل أنهم لو تذازعاداة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها لكانت الركاب ولصاحب الحمل ولأن الركاب متعددون لزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كمن جالس إلى إنسان فحرق ثيابه وهو ساكت ولأنها إن تلفت بسبب تعيبها فالضمان على المتعدي كمن ألقى حجراً في سفينة موقرة فغرقها ، فاما إن تلفت في يد صاحبها بعد نزول الركاب عنها فينظر فإن كان تلفها بسبب تعيبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب وإن تلفت بسبب آخر من افتراض سبع أو سقوط في هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لأنها لم تلف في يد عادية ولا بسبب عدوان ، وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجرحتين يبطل بما إذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدواناً فمات منهما ، وفارق ما إذا جرح نفسه وجرحه غيره لأن الفعلين عدوان وقسم الضمان عليهما

(فصل) ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي . وقال

محمد يسقط كما لو تعدى في الوديعة ثم ردها

ولنا أنها يد ضامنة فلا يزول الضمان عنها إلا باذن جديد ولم يوجد ، وما ذكره في الوديعة

لأنه إلا أن يردّها إلى مالكها أو يجرده له إذا

دائم أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كالتي لا ماء لها ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا

(فصل) وإن اكترى أرضاً غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل لأن لا تنفع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالباً ، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة كأرض مصر في وقت مد النيل صح لأن المقصود يتحقق بحكم العادة المستمرة ، فإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم تجز اجارتها لأنها في حكم الفارقة بحكم العادة المستمرة

(فصل) ومتى زرع فغرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر

ولا خيار للمكترى نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً وهو مذهب الشافعي ، لأن النشاف غير المعقود عليه وإنما تلف مال المكترى فيه فأشبه من اكترى دكاناً فاحترق متاعه فيه ثم إن أمكن المكترى الاتماع بالأرض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك ، وإن تعذر ذلك لزمه الاجر لأن تعذره لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا لمعنى في العين ، وإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض وانقطاع ماؤها فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى في العين ، وإن تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لأنه لم يتلف مباشرة ولا سبب ، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لأنه عيب فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضاً ويبقى الزرع في الأرض إلى أن يستحصد وعليه من المسمى بحصته إلى

﴿مسئلة﴾ قال (و كذلك ان اكثرى لحمولة شيء فزاد عليه)

وجملة ذلك أن من اكثرى لحمل شيء فزاد عليه، مثل أن يكثر به الحمل قفيزين فحمل ثلاثاً فحكمه حكم من اكثرى الى موضع فجاوزه الى سواه، في وجوب الاجر المسمى وأجر المثل لما زاد ولزوم الضمان إن تلفت هذا قول الشافعي وحكى القاضي ان قول أبي بكر في هذه المسئلة وجوب أجر المثل في الجميع وأخذه من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة قال عليه أجر المثل للجميع لانه عدل عن المعقود عليه الى غيره فأشبهه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى فجمع القاضي رحمه الله بين مسئلة الحرق في مسئلة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من احدى المسئلتين الى الاخرى لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسئلتين وجهان، وليس الامر كذلك فان بين المسئلتين فرقاً ظاهراً فان الذي حصل التعدي فيه في الحمل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع، ولانه في مسئلة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ولهذا عله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ولا يصح هذا القول في مسئلة الحمل فانه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل إلحاق هذه المسئلة بما اذا اكثرى مسافة وزاد عليها أشد وشبهها بها أشد ولانه في مسئلة الحمل متعدد بالزيادة وحدها وفي مسئلة الزرع متعدد بالزرع كله فأشبهه الفاصب، فأما مسئلة الزرع فيما اذا اكثرى أرضاً لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في

حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لارض لها مثل ذلك الباء. وكذلك ان اقتطع الباء بالسككية أو حدث بها عيب من غرق يهلك به بعض الزرع أو تسوء حالته به

﴿مسئلة﴾ (وان اكثرى دابة للركوب أو الحمل لم يملك الآخر، وان اكثرها لحمل الحديد أو القطن لم يملك الآخر)

إذا اكثرى دابة للركوب لم يملك الحمل عليها لان الركاب يعين الظهر بحركته، وان اكثرها ليحمل عليها فليس له ركوبها لان الركاب يقعد في موضع واحد فيشتد على الظهر والمناخ يتفرق على جنبها، وان اكثرها ليركبها عربياً لم يجز أن يركب بسرج لانه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه، وإن اكثرها ليركبها بسرج فليس له ركوبها عربياً لان الركوب بغير سرج يحمى به الظهر فربما عقرها، وان اكثرها ليركب بسرج لم يجز أن يركب بأثقل منه فان اكثرى حماراً بسرج لم يجز أن يركبه بسرج البرذون ان كان أثقل من سرجه، وإن اكثرى دابة بسرج فركبها بأثقل منه أو أضر منه لم يجز، وان كان أخف أو أقل ضرراً فلا بأس، وإن اكثرى دابة ليحمل عليها حديثاً لم يحمل عليها قطناً لانه يتجافى وتهب فيه الريح فيتعب الظهر، وإن اكثرها لحمل القطن فليس له حمل الحديد لانه يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق ويكثر ضرره ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامناً وعليه أجر المثل وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور

رواية عبد الله فقال ينظر ما يدخل على الأرض من نقصان ما بين الحنطة والشعير فيعطى رب الأرض تحمل هذه المسئلة كسئلتي الخرقى في إيجاب المسمى وأجر المثل للزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ، ولهذا قلنا له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فإذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه ما لو أكثرها إلى موضع فجاوزته ، وقال أبو بكر له أجر المثل وعلاه بأنه عدل عن المعقود عليه فإن الحنطة ليست شعيراً وزيادة وإن قلنا أنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسألتي الخرقى ، وقال الشافعي المكثري يخير بين أخذ الكراء وما نقصت الأرض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لأن هذه المسئلة أخذت شبيهاً من أصليين

(أحدهما) إذا ركب دابة فجاز بها المسافة المشروطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة (والثاني) إذا استأجر أرضاً فزرع غيرها لأنه زرع متعدياً فلهذا خبره بينهما ، ولأنه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحكيم وتعذر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره إلى المستحق كقتل العمد ، ومن نصر أبا بكر قال هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالفاصب ولهذا يملك رب الأرض منعه من زرعه ، يملك أخذه بنفقته إذا زرعه ، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة فإنه غير متعد بالجميع إنما تعدى بالزيادة وحدها ولهذا لا يملك المكري منعه من الجميع ، ونظير هاتين المسألتين من أكثرى غرة ليجعل

(فصل) وإن أكثرى دابة ليركبها في مسافة معينة معلومة أو يحمل عليها فيها فأراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر وهي أضرمها أو يخالف ضررها بضررها بأن تكون إحداها أخوف والآخرى أخشن لم يجوز وإن كانت مثلها في السهولة والحزونة والأمن أو التي يعدل اليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي لأن المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة وبعلم قدرها بها فلم يتعين كنوع المحمول والراكب قال شيخنا ويقوى عندي أنه متى كان للمكثري غرض في تلك الجهة المعينة لم يجوز العدول إلى غيرها مثل من يركب جماله إلى مكة ليحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكثرها إلى بغداد لكون أهلها بها أو يولد العراق فليس له الذهاب إلى مصر ، ولو أكرى جماله جملة إلى بلد لم يجوز التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة وبقاها إلى غيرها وذلك لأنه عين المسافة لغرض في قوائمه ضرر فلم يجوز تفويته كما في حق المكثري فإنه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي أكثرى إليه لم يجوز وكما لو عين طريقاً سهلاً أو آمناً فأراد سلوك ما يخافه في ذلك

(فصل) إذا أكثرى قميصاً ليلبسه جاز لأن الانتفاع به يمكن مع بقاء عينه ويجوز بيعه أشبه العقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة فإن كانت العادة في بلده نزع ثيابهم عند نوم الليل فعليه نزعه لأن الإطلاق يحمل على العادة وله لبسه فيما سوى ذلك ولا يلزمه نزعها إذا نام نهاراً لأنه العرف ويلبس القميص على ما جرت العادت به لا أن يتزبر به لأنه يعتمد عليه فيشقه ، وفي اللبس لا يعتمد ويجوز

فيها أفضرة حنطة فترك فيها أكثر منها ، ومن أكثرها ليجمع فيها قنطاراً من القطن فجعل فيها قنطاراً من حديد ففي الأولى له المسمى وأجر الزيادة وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف مثل ماقلنا في مسألة الزرع ، وحكم المستأجر الذي يزرع أضر مما أكثرى له حكم الغاصب لرب الأرض منعه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فإن زرع قرب الأرض مخير بين ترك الزرع بالأجر وبين أخذه ودفع النفقة وإن لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الاجرة لاغير على ما ذكرنا في باب الغصب

(فصل) وإن أكثرى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها فهي مثل مسألة الزرع يخرج فيها وجهان قياس المخصوص عن أحد أن له الاجر المسمى وزيادة لكون المسافة لاتعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر أن له أجر المثل لأن الزيادة غير متميزة ولأنه متعدد بالجميع بدليل أن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوز فانه إنما يمنعه الزيادة لاغير ، وإن أكثرى لخل قطن فحمل بوزنه حديداً أو لخل حديد فحمل قطناً فالصحيح أن عليه أجر المثل ههنا لأن ضرر أحدهما يخالف لضرر الأرض فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل ، وسائر مسائل العدوان في الاجارة يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزاً أو مالم يكن متميزاً فتلحق كل مسألة بنظيرتها والله أعلم

(فصل) إذا أكره لخل قفيزين فحملها فوجدهما ثلاثة فإن كان المكثري تولى الكيل ولم يعلم

الارتداد به لأنه أخف من اللبس ومن ملك شيئاً ملك ما هو أخف منه وقيل لا يجوز لأنه استعمال له بما لا تجري العادة به في القميص أشبه الأثرار به والله أعلم

(مسألة) (وإن فعل ما ليس له فعله فعليه أجر المثل) لأنه استوفى منفعة غير التي عقد عليها لا يجوز له استيفاؤها فلزمه أجر المثل كالغاصب

(مسألة) (وإن أكثرها لحولة شيء فزاده أو إلى موضع فجاوزه فعليه الاجرة المذكورة وأجرة المثل الزائد ، وقال أبو بكر عليه أجرة المثل للجميع)

وجملة ذلك أن من أكثرى دابة لحولة شيء فزاد عليه يكن أكثرى لخل قفيزين فحمل ثلاثة أو إلى موضع فجاوزه مثل أن يكثرها من دمشق إلى القدس فيركبها إلى مصر وجب عليه الاجر المسمى وأجر المثل لما زاد وضمانها أن تلفت وهذا مذهب الشافعي وانص عليه أحمد فيما إذا استأجرها إلى موضع فجاوزه واليه ذهب ابن شبرمة والحكم ، والظاهر من قول الفقهاء السبعة ، وقال الثوري وأبو حنيفة لا أجر عليه لما زاد لأن منافع الغصب غير مضمونة عندهما ، وحكي عن مالك أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة خیر صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي لأنه متعدد بما سلكها فكان لصاحبها تضمينها إياه

ولنا أن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كالمال كانت المسافة قريبة وما ذكره تحكم

المكري بذلك فحكمه حكم من اكتري لحولة شيء ، فزاد عليه وإن كان المكري تولى كياله وتعيته ولم يعلم المكتري فهو غاصب لا أجر له في حمل الزائد ، وإن تلفت دابته فلا ضمان لها لأنها تلفت بعدوان صاحبها وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره ، وإن تولى ذلك أجنبي ولم يعلم المكتري والمكتري فهو متعدد عليهما يلزمه لصاحب الدابة الاجر ويتعلق به الضمان ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين إذا كاله المكتري ، وضعه المكري على ظهر البهيمة لا ضمان على المكتري لأن المكري مفرط في حمله

ولنا أن التدليس ليس من المكتري إذا أخبره بكيالها على خلاف ما هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبيا بتحميلها ، فأما إن كاله المكتري ورفعها المكري على الدابة عالما بكيالها لم يضمن المكتري دابته إذا تلفت ، لأنه فعل ذلك من غير تدليس ولا تقرير ، وهل له أجر القفيز الزائد؟ بمقتضى وجهين (أحدهما) لا أجر له لأن المكتري لم يجعل له على ذلك أجرا (والثاني) له أجر الزائد لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الاجارة فجري مجرى المعاطاة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجره ، وإن كاله المكري وحمله المكتري على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد ، وإن أمره بحمله عليها ففي وجوب الاجر وجهان كما لو حمله المكري عليها لأنه إذا أمر به كان ذلك كفعله ، وإن

لادليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير اليه وسيأتي الكلام مع أبي حنيفة في باب الغصب إن شاء الله وحكي القاضي أن قول أبي بكر فيما إذا اكتري لحولة شيء ، فزاد عليه وجوب أجر المثل لجميع آخذاً من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة ان عليه أجر المثل لجميع لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره فأشبهه مالو استأجر أرضاً فزرع أخرى فجمع القاضي بين مسألة الحرق ومسألة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من إحدى المسئلتين إلى الأخرى اتسايهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسئلتين وجهان ، وليس الأمر كذلك فإن بين المسئلتين فرقاً ظاهراً فإن الذي حصل التعدي فيه في الحل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع ، ولأنه في مسألة الحل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ولا يصح هذا القول في مسألة الحل فإنه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل الحاق هذه المسئلة بما إذا اكتري إلى مسافة فزاد عليها أشد وشبهها بها أشد لأنه في مسألة الحل متعدد بالزيادة وحدها وفي مسألة الزرع متعدد بالزرع كله فأشبهه الغاصب

(فصل) فأما مسألة الزرع فيما إذا اكتري لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في رواية عبد الله فقال : ينظر ما يدخل على الأرض من نقصان ما بين الحنطة والشعير فيعطى رب الأرض فجعل هذه المسئلة كمسئلتين الحرق في إيجاب المسمى وأجر المثل الزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين

كأله أحدهما وحمله أجنبي بأمره فهو كما لو حمله الذي كاله ، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يكتري مدة غزاته)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون حقيقا . ولنا أن هذه إجارة في مدة مجهولة وعمل مجهول فلم يجز كما لو أكرأها لمدة سفره في تجارته . ولأن مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجز التقدير بها كغيرها من الاسفار المجهولة فإن فعل ذلك فله أجر المثل لانه عقد على عوض لم يسلم له لفساد العقد فوجب أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة

﴿مسئلة﴾ قال (فإن سمي لكل يوم شيئا معلوما جاز)

وجملته ان من اكترى فرسا مدة غزوه كل يوم بدرهم فالمقصود عن أحمد صحته ، وقال الشافعي هذا فاسد لان مدة الاجارة مجهولة

ولنا أن عليا رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الانصاري ولم ينكره النبي ﷺ ولأن كل يوم معلوم مدته وأجرته فصح كما لو قال أجرتكها شهرا كل يوم بدرهم أو قال استأجرتك

ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ولهذا قلنا له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فاذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة أشبه مالوا أكثرها إلى موضع فجاوزوه ، وقد ذكرنا قول أبي بكران له أجر المثل لانه عدل عن المعقود فإن الحنطة ليست بشعير وزيادة ، وإن قلنا إنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسئلتي الخرق ، وقال الشافعي المسكري مخير بين أخذ السكراء وما قصت الارض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لان هذه المسئلة أخذت شبيها من أصلين (أحدهما) إذا ركب دابة فجاوز بها المسافة المشترطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة (والثاني) إذا استأجر أرضا فزرع غيرها لانه زرع متعديا فلهذا خبره بينهما ولانه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحكيمين وتعذر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره إلى المستعق كقول العمدة ، والاولى إن شاء الله قول أبي بكر فان هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالفاسب ولهذا ملك رب الارض منعه من زرعه ويملك أخذه بنقته اذا زرعه ، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة في كونه لم يتعد بالجميع إنما تعدى بالزيادة فقط ولهذا لا يملك المسكري منعه من الجميع ، ونظير هاتين المسئلتين من اكترى غرفة ليجعل فيها أفقزة حنطة فجعل أكثر منها ومن أكثرها ليجعل فيها قطار قطن فجعل فيها قطار حديد في الاولى له المسمى وأجر الزيادة ، وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف كقولنا في مسئلة الزرع وحكم المستأجر الذي يزرع أرضا مما اكترى له

لنقل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، ولا بد من تعيين ما يستأجر له إما ار كوب أو حمل معلوم ، ويستحق الاجر المسمى لكل يوم سواء كانت سقيمة أو سائرة لأن المنافع ذهبت في مدته فأشبهه مالو اكترى داراً فأغلقها ولم يسكنها ، وإن أجر نفسه اسقي نخل كل دلو بتمرة أو بفلس أو أجر معلوم جاز للآخر الوارد فيه ولأن كل عمل معلوم له عوض معلوم فجاز كما لو سمي دلاء معروفة ، ولا بد من معرفة الدلو والبر ، وما يستسقى به لأن العمل يختلف به

(فصل) ونقل أبو الحارث عن أحمد في رجل استأجر دابة في عشرة أيام بعشرة دراهم فإن حبسها أكثر من ذلك فله بكل يوم درهم فهو جائز ، ونقل ابن منصور عنه فيمن اكترى دابة من مكة الى جدة بكذا فإن ذهب الى عرفات ، بكذا فلا بأس ؛ ونقل عبد الله عنه لو قال أكرتكم بعشرة فما حببنا فاعليه كل يوم عشرة ، وهذه الروايات تدل على أن مذهبه انه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوماً صح . ويتأول القاضي هذا كله على أنه يصح في الاول ويفسد في الثاني لأن مدته غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم وما زاد فبحساب ذلك ، والظاهر خلاف هذا فإن قوله : فهو جائز عاد الى جميع ما ذكر قبله ، وكذلك قوله لا بأس ولأن لكل عمل عوضاً معلوماً فصح كما لو استسقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الاصل بالخبر الوارد فيه ، ومسئلة الصبرة لانص فيها عن الامام وقياس نصوصه صحة الاجارة وإن سلم فساد هاتلأن القفزان التي شرط

حكم الغاصب لرب الارض منعه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فإن زرع قرب الارض مخير بين ترك الزرع بالاجر وبين أخذه ودفن النفقة ، وإن لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الاجر على ما ذكر في الغصب

(فصل) وإن اكترى دابة الى مسافة فسلك أشق منها فهي كمسئلة الزرع يخرج فيها وجهان وقياس منصوص أحمد ان له الاجر المسمى وزيادة لكون المسافة لا تعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر ان له أجر المثل لأن الزيادة غير متميزة ولانه متعدد بالجميع بدليل ان لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوزها فانه إنما بمنعه الزيادة لا غير ، وإن اكترى لحل قطن فحمل بوزنه حديداً أو بالعكس فعليه أجر المثل لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل وسائر مسائل العدوان يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزاً وما لم يكن متميزاً فتلحق كل مسئلة بنظيرتها

(فصل) وإن اكترى لحل قفيزين فحملهما فوجدتهما ثلاثة فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكري بذلك فهو كمن اكترى لحولة شيء فزاد عليه وإن كان المكري تولى كياله وتعيينه ولم يعلم المكترى فهو غاصب لا أجر له في حمل الزائد وإن تلفت دابته فلا ضمان لها لأنها تلفت بعدوان صاحبها

حمله غير معلومة بتعيين ولا صفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهااتها بخلاف الايام فانها معلومة (فصل) وان قال ان خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فمن أحدهما روايتان [أحدهما] لا يصح وله أجر المثل نقلها أبو الحارث عن أحمد وهذا مذهب مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور لانه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال بعثك نقداً بدرم أو بدرهمين نسيئة [والثانية] يصح وهو قول الحارث العكلي وأبي يوسف ومحمد لانه سمي اكمل عمل عوضاً معلوماً فصح كما لو قال كل دلو بتمرة

وقال أبو حنيفة ان خطاه اليوم فله درهم وان خطاه غداً لايزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وهو قد رضي في أكثر العملين بدرم فلا يزداد عنه وهذا لا يصح لانه ان صح العقد فله المسمى وان فسد فوجوده كالعدم ويجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة (فصل) وان قال خطته رومياً فلك درهم، وان خطته فارسياً فلك نصف درهم ففيها وجهان

بناء على التي قبلها والخلاف فيها كاتي قبلها لان أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة ههنا ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعثك هذا بدرم أو هذا بدرهمين، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين (أحدهما) أن العمل الثاني ينضم الى العمل الاول ولكل واحد منها عوض مقدر فاشبه ما لو قال بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرم وههنا الخياطة

وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره، وان تولى ذلك أجنبي ولم يعلم فهو متعهد عليهما عليه لصاحب الدابة الاجر ويتعلق به ضمانها وعليه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين اذا كاله المكثري ووضعه المكري على ظهر البهيمة لاضان على المكثري لان المكري مفرط في حمله ولنا ان التدليس من المكثري اذ أخبره بكيلها بخلاف ما هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبياً بتحميلها، فأما ان كاله المكثري ووضعه المكري على الدابة علماً بكيلها لم يضمن المكثري الدابة إذا تلفت لانه فعل ذلك من غير تدليس ولا تقرير وله أجر القفيز الزائد في أحد الوجهين لانهما اتفقا على حمله على سبيل الاجارة فجرى مجرى المعاوضة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجر (والثاني) لا أجر له لان المكثري لم يعمل له على ذلك أجرأ، وإن كاله المكري وحمله المكثري على الدابة علماً بذلك من غير أن يأمره بحمله فعليه أجر القفيز الزائد وان أمره بحمله ففي وجوب الاجر وجهان كما لو حمله المكري عليها لانه اذا أمر به كان كفعله، وإن كاله أحدهما وحمله أجنبي فهو كما لو حمله الذي كاله وإن كان بامر الآخر فهو كما لو حمله الآخر وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله

(مسئلة) (وإن تلفت ضمنها إلا ان تكون في يد صاحبا فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين) إذا تلفت الدابة التي تعدى فيها إما بزيادة على الحل أو زيادة على المسافة ضمنها بقيمتها سواء

واحدة شرط فيها عوضا ان وجدت على صفة وعوضا آخر ان وجدت على اخرى فاشبهه مالو باعه بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة (والثاني) انه وقف الاجارة على شرط بقوله ان خطئه كذا فلك كذا وان خطئه كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة

(فصل) ونقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من حمال الى مصر باربعين ديناراً فان نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فان نزل الرقة فكراؤه عشرون فقال اذا اكترى الى الرقة بعشرين و اكترى الى دمشق بعشرة واكترى الى مصر بعشرة جاز ولم يكن للحمال أن يرجع ، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الاول لانه في معنى بيعتين في بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود ، ويخرج فيه أن يصح بناء على المسئلتين قبل هذا ونقل البرزاطي عن أحمد في رجل استأجر رجلا يحمل له كتابا الى الكوفة وقال ان وصلت الكتاب يوم كذا وكذا فلك عشرون وان تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالاجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذي قبله . ونقل عبد الله فيمن اكترى دابة وقال ان رددتها غداً فكراؤها عشرة وان رددتها اليوم فكراؤها خمسة فلا بأس وهذه الرواية تدل على صحة الاجارة والظاهر عن أحمد في رواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد وهو قياس بيعتين في بيعة والله أعلم

تلفت في الزيادة أو بعد ردها الى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكترى أو لم يكن هذا ظاهر كلام الحرقي والفقهاء السبعة إذا تلفت حال التعدي ، وقال القاضي ان كان المكترى نزل عنها وسلمها إلى صاحبها ليسسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكترى وان ملكت والمكترى راكب عليها أو حمله عليها ضمنها ، وقال أبو الخطاب ان كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه النصف ، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن صاحبها معها لزم المكترى جميع القيمة وان كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكترى لأنها تلفت في يد صاحبها أشبهه مالو تلفت بعد مدة التعدي ، وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان (أحدهما) يلزمه نصف القيمة لأنها تلفت بفعل مضمون أشبهه مالو تلفت بجراحته وجراحة مالكها (والثاني) تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فانه قال فيمن اكترى جملاً لحل تسعة فحمل عشرة فتلفت فعلى المكترى عشر قيمته ، قال شيخنا وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت في يد صاحبها ، فاما ان تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها لأنها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمقصود ، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حملاً وصاحبها معها لان اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل مالو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والاخر أخذ بزمامها كانت لصاحب الحمل والراكب ولان الراكب متعد

﴿ فصل في مسائل الصبرة وفيها عشر مسائل ﴾

(أحدها) قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة الى مصر بعشرة فالاجارة صحيحة بغير خلاف فعلمه لان الصبرة معلومة بالمشاهدة التي يجوز بيعها بها فجاز الاستئجار عليها كما لو علم كيلها (الثانية) قال استأجرتك لتحملها لي كل قفيز بدرم فيصح أيضا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز ويبطل فيما زاد ومبنى الخلاف على الخلاف في بيعها وقد ذكرناه (الثالثة) قال لتحملها لي قفيزا بدرم وما زاد فبحساب ذلك فيجزر كما لو قال كل قفيز بدرم وكذلك كل لفظ يدل على ارادة حمل جميعها كقوله لتحمل منها قفيزاً بدرم وسائرهما أو باقيةا بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد به باقيةا كله اذا فهم ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو تقرينة صرفت اليه (الرابعة) قال لتحمل منها قفيزاً بدرم وما زاد فبحساب ذلك يريد مهما حملت من باقيةا فلا يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان المعقود عليه بعضها وهو مجهول، ويحتمل أن يصح لانه في معنى كل دلو بتمرة (الخامسة) قال لتنقل لي منها كل قفيز بدرم فهي كالراية سواء (السادسة) قال لتحمل منها قفيزاً بدرم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلا يصح لانه في معنى بيعتين في بيعه ويحتمل أن يصح لان معناه لتحمل لي كل قفيز بدرم (السابعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرم وتنقل لي صبرة اخرى في البيت بحساب ذلك فان كانا بعلتان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيهما لانهما كالصبرة الواحدة وان جعلها

بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كن خرق ثياب انسان وهو ساكت ولانها ان تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدي كن النقي حجرأ في سفينة موقرة نغرقها، فأما ان تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها وكان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كتلفها تحت الحمل والراكب، وان كان بسبب آخر من افراس سبع أو سقط في هوة فلا ضمان فيها لانها لم تتلف في يد عادية ولا بسبب عدوان، وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحين يبطل بما إذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدوانا فمات منها، وفارق ما لو جرح نفسه وجرحه غيره لان الفعلين عدوان قسم الضمان عليهما

(فصل) ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد يسقط كما لو تعدى في الوديعة ثم ردها ولنا انها يد صارت ضامنة فلا يزول الضمان عنها إلا باذن جديد ولم يوجد والاصل ممنوع إلا أن يرددها إلى مالكيها أو يجدد لها إذنا

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (ويلزم المؤجر كل ما يمكن به من النفع كزمام الجمل ورحله وحزامه والشد عليه وشد الاحمال والمحامل والرفع والحط وزوم البعير لينزل لصلاة الفرض ومفاتيح الدار وعمارتها وكل ما جرت عادته به

أحدهما صح في الأولى وبطل في الثانية لأنهما عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال بعتك عبدي هذا بعشرة وعبدي الذي في البيت بعشرة (الثامنة) قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فإن كانا يعلمان التي في البيت صح فيهما وإن جهلاها بطل فيهما لأنه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التي قبلها فإن كانا يعلمان التي في البيت لكنها مقصوبة أو امتنع تصحيح العقد فيها لما منع اختصاص بها بطل العقد فيها وفي صحته وفي صحة الأخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة إلا أنهما إن كانتا قفزانهما معلومة أو قدر أحدهما معلوم من الأخرى فالأولى صحته لأن قسط الأجر فيها معلوم وإن لم يكن كذلك فالأولى بطلانها لجهالة العرض فيها (التاسعة) قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أفضة بدرهم فإن زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لأنها معلومة ولم يصح في الزيادة لأنها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على ما يشك فيه (العاشرة) قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فإن قدم لي طعام فحمله فبحساب ذلك صح أيضا في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرناه

يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطى به لركوب من الحاجة للجمل والقتب وما يتمكن به الراكب من النفع كزمام الجمل والبرة التي في أففه إن كانت العادة جارية بها والسرّج والعجام والفرس والبردعة والألاف والبغل والجار على ما يقتضيه العرف بحمل الاطلاق عليه، وما زاد على ذلك من الحمل والحارة والحبل الذي يشد به بين الحملين على المكري لأنه من مصلحة الحمل وكذلك الوطاء الذي يشد فوق الحاجة تحت الحمل وعلى المكري رفع الحمل وحطه وشده على الحمل ورفع الاحمال وشدها وحطها لأن هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب، ويلزمه القائد والسائق هذا إذا كان الكراء على أن يذهب مع المكري، فإن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة ليركبها بنفسه فشكل ذلك عليه لأن الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلمها، فأما الدليل فهو على المكري لأن ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فاشبه الزاد وقيل إن كان اكترى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكري لأن الذي عليه تسليم الظهر وقد سلمه، وإن كانت الاجارة على حمله إلى مكان معين في القمة فهو على المكري لأنه من مؤنة إبعاله إليه وتحصيله فيه، فإن كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالأرأة والشيخ والضعيف والسمين فعلى الجمال أن يترك الجمل لركوبه ونزوله لأنه لا يتمكن منها إلا به وإن كان ممن يمكنه الركوب والنزول مع قيام البعير لم يلزم الجمال أن يترك الجمل لا مكان استيفاء المعقود عليها، فإن كان قويا حال العقد فتجدد له الضعف أو بالعكس فلا اعتبار بحال الركوب لأن المقداد قضي ركوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفرض وقضاء حاجة الإنسان والطهارة وبدع البعير واقفا حتى يفعل ذلك لأنه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير، وما يمكنه فعله عليه

(مسئلة) قال (ومن اكرى الى مكة فلم يرى الجمال الراكبين والمحامل والاغطية والاطشمة لم يجز الكراء)

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الابل الى مكة وغيرها وقد قال الله تعالى (والحيل والبغال والحيير لتركبوها) ولم يفرق بين المملوكة والمكترة ، وروي عن ابن عباس في قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تنفقوا فضلا من ربكم) أن تنفق وتكري ونحوه عن ابن عمر ولان بالناس حاجة إلى السفر وقد فرض الله تعالى عليهم الحج وأخبر انهم يأتون رجلا وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق . وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يقدر على معاناتها والقيام بها والشد عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز دفعاً للحاجة . إذا ثبت هذا فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين ماعقدا عايه لانه عقد معاوضة محضة فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه كالبيع ، فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين والآلة التي يركبون فيها من محمل أو محارة وغيرها وان كان مقبلاً ذكره، وهل يكون مغطى أو مكشوقاً؟ فان كان مغطى احتيج الى معرفة الغطاء ، ويحتاج إلى معرفة الوطاء الذي يوطأ به المحمل والمعاليق التي معه من قربة وسطيحة وسفرة ونحوها، وذكر سائر ما يحمل معه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر الا أن الشافعي قال يجوز اطلاق غطاء المحمل لانه لا يختلف اختلافاً متبايناً ، وحكي عنه في المعاليق

من الاكل والشرب وصلاة النافلة لا يلزمه ان يقنه له من أجله فان أراد المكثري إتمام الصلاة وطلبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام

(فصل) اذا اكرى ظهراً في طريق العادة فيه النزول والشي عند اقتراب المنزل والراكب امرأة أو ضعيف لم يلزمه ذلك لانه اكرى جميع الطريق كالمتاع، وان كان جليداً قويا احتمل أن لا يلزمه أيضاً لانه عقد على جميع الطريق ولم تجز له عادة بالشي فلزم حمله في جميع الطريق أشبه الضعيف ويحتمل ان يلزمه لانه متعارف والمتعارف كالمشروط

(فصل) فان كان المكثري داراً أو حماماً فعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام لان عليه التمكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع، فان ضاعت أو تلفت بغير تفريط المستأجر فعلى المؤجر بدلها لكونها أمانة في يد المستأجر فأشبهه حيطان الدار وأبوابها وان سقط حائط أو خشبة أو انكسرت فعليه ابدالها وبناء الحائط، وعليه تبليط الحمام وعمل الابواب والبرك ومجرى الماء لان بذلك يحصل الانتفاع ويتمكن منها وما كان لاستيفاء المنافع كالحيل والدلو والبركة فعلى المكثري فاما التحسين والتزويق فلا يلزم واحداً منهما لان الانتفاع ممكن بدونه

(مسئلة) (فاما تفريغ البالوعة والكنيف فيلزم المستأجر إذا سلمها فارغة)

إن احتيج إلى تفريغ البالوعة والكنيف عند الكراء فعلى المكري لانه مما يتمكن به من الانتفاع

قول انه يجوز اطلاقها وتحمل على العرف ، وحكي عن مالك انه يجوز اطلاق الرابكين لان
أجسام الناس متقاربة في الغالب ، وقال أبو حنيفة إذا قال في الحمل رجلان وما يصلحهما من
الوطاء والدثر جاز استحسانا لان ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق ، وقال القاضي
في غطاء الحمل كقول الشافعي

ولنا أن هذا يختلف ويتباين كثيراً فاشتطت معرفته كالأطعام الذي يحمل معه ، وقولهم : إن
أجسام الناس متقاربة لا يصح فإن منهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والهزيل والذكر
والأنثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيراً ، ويتفاوتون أيضاً في المعاليق فمنهم من يكثر الزاد والحوائج
ومنهم من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع اليه فاشتطت معرفته كالحمل والاطوثة ، وكذلك غطاء
الحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشتد على الحمل في الهواء ، ومنهم من يقنع بالضيق
الخفيف فتجب معرفته كسائر ما ذكرنا

وأما المستأجر فيحتاج الى معرفة الدابة التي يركب عليها لان الغرض يختلف بذلك ، وتحصل بأحد
أمرين إما بالرؤية فيكتفي بها لأنها أعلى طرق العلم الا أن يكون مما يحتاج الى معرفة صفة المسمى فيه
كالهوال وغيره فلما أن يجزبه فيعلم ذلك برؤيته وإما ان يصفه ، وإما بالصفة فإذا وجدت اكتفي بها
لانه يمكن ضبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالمبيع وإذا استأجر بالصفة لا ركوب احتاج الى ذكر الجنس

وان امتلأت بفعل المستأجر فتغربفها عليه وهذا قول الشافعي ، وقال أبو ثور هو على رب الدار لان به
يمكن من الانتفاع أشبه مالوا كترها وهي ملائح ، وقال أبو حنيفة القياس أنه على المكثري والاستحسان
أنه على رب الدار لان ذلك عادة الناس

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكثري فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قاشا ، والقول في تفريغ
جبة الحمام التي هي مصرف مائه كالتقول في بالوعة الدار ، وان انقضت الاجارة وفي الدار زبل أو قمامة من
فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي

(فصل) فان شرط على مكثري الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يصح لانه لا يجوز أن يؤثر
مدة لا يمكنه الانتفاع في بعضها ولا يجوز أن بشرط أن يستوفي بقدرها عند انقضاء مدته لانه يؤدي
إلى أن يكون انتهاء مدة الاجارة مجعولا فان أطلق وتعطل فهو عيب حادث والمكثري بالخيار بين
الامساك بكل الاجر وبين الفسخ ويتمخرج أن له أرش العيب كالمبيع المعيب فان لم يعلم بالعيب حتى
انقضت مدة الاجارة فعليه جميع الاجر لانه استوفى العقود عليه فأشبهه ، مالو علم العيب بعد العقد فرضيه
و يتمخرج أن له أرش العيب كما لو اشترى معيبا فلم يعلم عيبه حتى تلف في يده أو أكله

(فصل) وإن شرط على المكثري النفقة الواجبة على المكثري كعمارة الحمام فالشرط فاسد لان
العين ملك للمؤجر فنفتقتها عليه ، فان انفق بناء على هذا الشرط احتسب به على المكثري لانه أنفقه

فيقول ابل أو خيل أو بغال أو حبر ، والنوع فيقول بختي أو عربي ، وفي الخيل عربي أو برزون ، وفي الحبر مصري أو شامي ، وان كان في النوع ما يختلف كالميلج من الخيل والقطوف احتيج الى ذكره ، وذكر القاضي انه يحتاج الى معرفة الذكورية والانوثية وهو مذهب الشافعي لان الفرض يختلف بذلك فان الاتي أسهل والذكر أقوى ، وبمقتضى انه لا يحتاج الى معرفة ذلك لان التفاوت فيه يسير ، ومتى كان الكراء الى مكة فالصحيح انه لا يحتاج الى ذكر الجنس ولا النوع لان العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة إنما هو الجبال العرب دون البخاني

(فصل) واذا كان الكراء الى مكة أو طريق لا يكون السير فيه الى اختيار المتكاريين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لان ذلك ليس اليها ولا مقدور عليه لها ، وان كان في طريق السير فيها استحباب ذكر قدر السير في كل يوم ، فان أطلق وللطريق منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقا لانه معلوم بالعرف ومتى اختلفا في ذلك وفي ميقات السير ليلا أو نهارا أو في موضع المنزل اما في داخل البلد أو خارج منه على العرف كما لو أطلقا الثمن في بلد فيه نقد معروف ، وان لم يكن للطريق عرف وأطلقا العقد فقال القاضي لا يصح كما لو أطلقا الثمن في بلد لا عرف فيه ، والاولى أن هذا ليس بشرط لانه لو كان شرطا لما صح العقد بدونه في الطريق المخوف ولانه لم تجز العادة بتقدير السير في طريق ، ومتى اختلفا رجع إلى العرف في غير تلك الطريق

على ملكه بشرط العرض فان اختلفا في قدر ما أنفق ولا بينة فاقول قول المسكري لانه منكر فان لم يشترط لسن أذن له في الانفاق ليحتسب له به من الاجر ففعل ثم اختلفا فاقول قول المسكري أيضا ، وإن أنفق من غير اذنه لم يرجع بشي . لانه أنفق على ماله بغير إذنه نفقة غير واجبة على المالك أشبه ما لو عمر له داراً أخرى

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في جواز كراء الابل وغيرها من الدواب إلى مكة وغيرها قال الله تعالى (والخيول والبغال والحمر تركبوها) ولم يفرق بين المملوكة والمستأجرة ، وروي عن ابن عباس في قوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) أن يبيع ويكري ونحوه عن ابن عمر ولان بالناس حاجة اليه ، وقد فرض الله تعالى الحج على الناس وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يحسن القيام بها والشد عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز ذلك دفعا للحاجة . اذا ثبت هذا فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين المعقود عليه لانه عقد معارضة أشبه البيع فأما الجمل فيحتاج إلى معرفة الراكيين بالرؤية أو بالصفة لان المعرفة بالصفة تقوم مقام الرؤية اذا وصفها بالطول والقصر والهزال والسمن والصغر والكبر والذكورية والانوثية ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا يكفي في ذلك الصفة لانه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعي ولهم في الحمل وجه أنه لا يكفي فيه بالصفة ويجب تعيينه

(فصل) وإن اشترط حمل زاد مقدر كائنة رطل نظرنا فإن شرط أنه يبدل منها ما نقص بالاكل أو غيره فله ذلك ، وإن شرط أن ما نقص بالاكل لا يبدل له لم يكن له إبداله فإن ذهب بغير الأكل كسرقة أو سقوط فله إبداله لأن ذلك لم يدخل في شرطه ، وإن أطلق العقد فله إبدال ما ذهب بسرقة أو سقوط أو أكل غير معتاد بغير خلاف وإن نقص بالاكل المعتاد فله إبداله أيضا لأنه استحق حمل مقدار معلوم فلك إبدال ما نقص منه كالموت أو نقص بسرقة ، ويحتمل أنه لا يملك إبداله لأن العرف جار بأن الزاد ينقص فلا يبدل فحمل العقد عند الإطلاق على العرف وصار كالمصرح به ، وقال الشافعي القياس أن له إبداله ، ولو قيل ليس له إبداله كان مذهبا لأن العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع

(فصل) وإذا اكترى جملا ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليه إلى منى لأنه من تمام الحج وقبل ليس له الركوب إلى منى لأنه بعد التحلل من الحج والاولى أن له ذلك لأنه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى (والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) ومن اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لانها زيادة ويحتمل أن له ذلك لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لا يكثرى إليها إلا للحج غالبا فكان بمنزلة المكثري للحج

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف إلى حيوان فاكتفي فيه بالصفة كالبيع والركوب في الاجارة ولأنه لو لم يكن فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لأنه إنما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لا تأتي عليه الصفات لا يعلم تساويهما فيه ولأن الوصف يكتفي به في البيع فاكتفي به في الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات يسير تجري المسامحة فيه كالمسلم فيه ويحتاج إلى معرفة الآلة التي يركبان فيها من محمل ومخارة وقتب وغير ذلك، وهل يكون مغطى أو مكشوقا؟ فإن كان مغطى احتاج إلى معرفة الغطاء ويحتاج إلى معرفة الوطاء ومعرفة المعاليق التي معه من قرية وسطيحة وقدر وسفرة ونحوها وذكر سائر ما يحمل معه وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إلا أن الشافعي قال يجوز إطلاق غطاء الحمل لأنه لا يختلف اختلاف كثير متباين، وحكي عنه في المعاليق قول أنه يجوز إطلاقها ويحمل على العرف وحكي عن مالك أنه يجوز إطلاق الراكبين لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب، وقال أبو حنيفة إذا قال في الحمل رجلان وما يصلحهما من الوطاء والدرج استحسنانا لأن ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق ، وقال القاضي في غطاء الحمل كقول الشافعي

ولنا أن هذا يختلف ويتباين كثيرا فاشترطت معرفته كالطعام الذي يحمله معه وقول مالك إن أجسام الناس متقاربة لا يصح فإن منهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والمزبل والذكر والانثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيرا ويتفاوتون أيضا في المعاليق منهم من يكثر الزاد والمخارج

(فصل) فيما يلزم المكري والمكتري للركوب . يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطأ به للركوب للراكب من الحداجة للجمل والقتب والزمام الذي يقاد به البعير والبرة التي في أنف البعير إن كانت العادة جارية بينهم بها وإن كان فرساً فالاجام والسرّج ، وإن كان بغلاً أو حماراً فالبرذعة والاكاف لأن هذا هو العرف فحمل الاطلاق عليه . وعلى المكتري ما يزيد على ذلك كالحمل والحارة والحبل الذي يشد به بين الحملين أو المحارتين لأن ذلك من مصلحة الحمل والوطاء الذي يشد فوق الحداجة تحت الحمل ، وعلى المكري رفع الحمل على الجمل ورفع الاحمال وشدها وحطها لأن هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب ، ويلزمه القائد والسائق هذا إذا كان الكراء على أن يذهب مع المكتري وإن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة يركبها لنفسه فكل ذلك عليه لأن الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلمها ، فأما الدليل فهو على المكتري لأن ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فلم يلزمه كالأزد ، وقيل إن كان اكثري منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكتري لأن الذي عليه أن يسلم الظهر وقد سلمه ، وإن كانت على حمله إلى مكان معين في الذمة فهو على المكري لأنه من مؤنة إبعاله إليه وتحصيله فيه

(فصل) وإذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والضعيف والسمين وشبههم فعلى الجمل أن يترك الجمل لركوبه ونزوله لأنه لا يتمكن من الركوب والنزول إليه ، وإن كان

وممنهم من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع إليه فاشترطت معرفته كالحمل والاطنة ، وكذلك غطاء الحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشد على الحمل في الهواء ومنهم من يقنع بالضيّق الخفيف فنوجب معرفته كسائر ما ذكرناه ، فإن رأى الراكبين أو وصفاله وذكر الباقي بأطال معلومة جاز ذكره الخرقى ، وأما الراكب فيحتاج إلى معرفة الدابة التي يركب عليها لأن الغرض يختلف بذلك ويحصل بالرؤية لأنها أعلى طرق العلم إلا أن يكون مما يحتاج إلى معرفة صفة المشي كالهوال وغيره ، وأما أن يجرب به فيعلم ذلك برؤيته ويحصل بالصفة فإذا وجدت اكتفي بها لأنه يمكن ضبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالبيع ، فإذا استأجر بالصفة للركوب احتاج إلى ذكر الجنس فرساً أو بعيراً أو بغلاً أو حماراً أو النوع فيقول في الأبل بختي أو عرابي وفي الخيل عرابي أو بردون وفي الحير مصري أو شامي وإن كان في النوع ما يختلف كالمهليج من الخيل والقطوف احتيج إلى ذكره لأن الغرض يختلف به ، وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه ، قال شيخنا ومتى كان الكراء إلى مكة فالصحيح أنه لا يحتاج إلى ذكر الجنس ولا النوع لأن العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة الجمل العراب دون البخاني

(فصل) إذا كان الكراء إلى مكة أو طريق لا يكون السير فيه إلى اختيار المتكربين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لأن ذلك ليس اليهما ولا مقدور عليه لهما وإن كان في طريق السير فيه اليها استحب ذكر قدر السير في كل يوم فإن أطلق والطريق منازل معروفة جاز لأنه معلوم بالعرف ، ومتى

ممن يمكنه الركوب والنزول والبعير قائم لم يلزم الجمال أن يترك له الجمل لأنه يمكن استيفاء العقود عليه بدون هذه الكفاية، وإن كان قويا حال العقد فضعف في أثنائه أو ضعيفا فتقوي فلا اعتبار بحال الركوب لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفريضة وقضاء حاجة الإنسان وطهارته ويدع البعير واقفا حتى يفعل ذلك لأنه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير وما أمكنه فعله عليه من الأكل والشرب وصلاة النافلة من السنن وغيرها لم يلزمه أن يتركه ولا يقف عليه من أجله، وإن أراد المكثري إتمام الصلاة وطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام ومن أكثرى بعيراً لا إنسان يركبه لنفسه وسلمه إليه لم يلزمه سوى ذلك لأنه وفي له بما عقد عليه فلم يلزمه شيء سواء

(فصل) وإذا أكثرى ظهراً في طريق العادة فيه النزول والمشي عند اقتراب المنزل والمكثري امرأة أو ضعيف لم يلزمه النزول لأنه أكثره جميع الطريق ولم تجز له عادة بالمشي فلزم حمله في جميع الطريق كالمتاع وإن كان جلدأ قويا ففيه وجهان [أحدهما] لا يلزمه النزول أيضا لأنه عقد على جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضها كالضعيف [والثاني] يلزمه لأنه متعارف والمتعارف كالشروط

(فصل) وإن هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين [أحدهما] أن يهرب بمجهاله فينظر فإن لم يجد المستأجر حاكاً أو وجد حاكاً لم يمكن إثبات الحمال عنده أو أمكن الإثبات

اختلفنا في ذلك وفي وقت السير ليلاً أو نهاراً أو في موضع المنزل إما في داخل البلد أو خارج منه حملاً على العرف كما لو أطلقا الثمن في بلديه تقدم معروف، وإن لم يكن للطريق عرف فقال القاضي لا يصح كما لو أطلقا الثمن في بلد لا عرف فيه، والاولى أن هذا ليس بشرط لأنه لو كان شرطاً لما صح العقد بدونه في الطريق المحرف لأنه لم تجز العادة بتقدير السير في الطريق فإن اختلفنا رجع إلى العرف في غير تلك الطريق

(فصل) فإن شرط حمل زاد مقدار كائنه رطل وشرط أنه يبدل منها ما نقص بالاكل أو غيره فله ذلك وإن شرط أن ما نقص بالاكل لا يبدله فليس له ابداله فإن ذهب بغير الاكل كسرقة أو سقوط فله ابداله لأن ذلك لم يدخل في شرطه، وإن أطلق العقد فله ابدال ما ذهب بسرقة أو سقوط أو اكل غير معتاد بغير خلاف وإن نقص بالاكل المضاد فله ابداله أيضاً لأنه استحق حمل مقدار معلوم فلك ابدال ما نقص منه كما لو نقص بسرقة ويحتمل أن لا يملك ذلك لأن العرف جار بأن الزاد ينقص ولا يبدل فحمل العقد عليه عند الإطلاق وصار كالمصرح به، وقال الشافعي القياس أن له ابداله ولو قيل ليس له ابداله كان مذهبا لأن العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع (فصل) إذا أكثرى جملاً ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج

عنده ولا يحصل له ما يكتري به ما يستوفي حقه منه فله استأجر فسخ الاجارة لانه تعذر عليه قبض المعقود عليه فأشبه ما لو أفلس المشتري أو انقطع المـ لم فيه عند محله، فان فسخ العقد وكان الجبال قد قبض الاجر كان ديننا في ذمته وان اختار المقام على العقد وكانت الاجارة على عمل في الذمة فله ذلك ونرى قدر على الجبال طالبه به، وان كان العقد على مدة انقضت في هربه انفسخ العقد بذلك، وان أمكنه اثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم يفسخ العقد ويرفع الامر الى الحاكم ويثبت عنده حاله فينظر الحاكم فاز وجد للجبال مالا اكترى به له وان لم يجد له مالا وأمكنه أن يفترض على الجبال من بيت المال أو من غيره ما يكتري له به فعل، فان دفع الحاكم المال الى المكتري ليكتري لنفسه به جاز في ظاهر كلام أحمد وان افترض عليه من المكتري ما يكتري به جاز وصار ديننا في ذمة الجبال، وان كان العقد على معين لم يجز إبداله ولا اكتراء غيره لان العقد تعلق بعينه فيتخير المكتري بين الفسخ أو البقاء الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل

[الحال الثاني] إذا هرب الجبال فترك جماله فان المكتري يرفع الامر الى الحاكم فان وجد للجبال مالا استأجر به من يقوم مقام الجبال في الانفاق على الجبال والشد عليها وحفظها وفعل ما يلزم الجبال فعله فان لم يجد له غير الجبال وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وان لم يكن فيها فضل أو لم يمكن بيعه افترض عليه الحاكم كما قلنا، وان اذان من المكتري وأنفق جاز، وان أذن للمكتري

عليه إلى متى لان ذلك من تمام الحج، وقيل ليس له الركوب الى متى لانه بعد التحلل من الحج، والاولى أن له ذلك لانه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى (والله على الناس حج البيت) ولو اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لانها زيادة ويحتمل أن له ذلك لان الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لا يكتري اليها إلا للحج غالبا فكان بمنزلة المكتري للحج

(فصل) قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي، ومعناها الركوب في بعض الطريق يركب شيئا ويمشي شيئا لانه إذا جازا كترأوه في جميع جاز في البعض ولا بد من العلم بها إما بالافراسخ واما بالزمان مثل أن يركب ليلا ويمشي نهرا ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول، وإن شرط أن يركب يوما ويمشي يوما جاز فان أطلق احتمال الجواز واحتمل أن لا يصح لانه يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولا، وإن اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أو مازاد ونقص جاز وإن اختلفا لم يجبر الممتنع منها لان فيه ضرراً على كل واحد منهما المائتي لدوام المشي عليه والدابة لدوام الركوب عليها لانه إذا ركب بعد شدة التعب كان أثقل على البعير، وان اكترى اثنان جلايتهم اقبان عليه جاز ويكون كترأوه كل الطريق والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه، وإن تشاحا قسم بينهما الكل

في الاتفاق من ماله بالمعروف ليسكون ديناً على الجمل جاز لانه موضع حاجة ، واذا رجع الجمل واختلفا فيما اتفق نظرنا فان كان الحاكم قدر له ما يفتق قبل قوله في قدر ذلك وما زاد لا يحتسب به وان لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف لانه أمين وما زاد لا يرجع به لانه متطوع به ، واذا وصل المكتري رفع الامر الى الحاكم ففعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمل فيوفى عن الجمل ما لزمه من الدين للمكتري أو غيره ويحفظ باقي الثمن له وان رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والاتفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز وان لم يجد حاكماً أو عجز عن استئذانه فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجمل فيها يلزمه فان فعل ذلك متبرعاً لم يرجع بشيء وان نوى الرجوع وأشهد على ذلك رجع به لانه حال ضرورة ، وهذا أحد الوجهين للشافعي وان لم يشهد ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان [أحدهما] يرجع به لان ترك الجمل مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة إذن في الاتفاق [والثاني] لا يرجع به لانه ثبت لنفسه حقاً على غيره وكذلك ان لم يجد من يشهد فأنفق محتسباً بالرجوع وقياس المذهب ان له الرجوع لقولنا يرجع بما أنفق على الآبق وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة المرهونة ولو قدر على استئذان الحاكم فأنفق من غير استئذانه وأشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان أيضاً ، وحكم موت الجمل حكم هربه ، وقال أبو بكر مذهب أحمد ان الموت لا يفسخ الاجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علفها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى فان لم يكن في يد المستأجر ما ينفقه لم يجز أن يبيع منها شيئاً لان البيع انما يجوز من المالك أو من نائبه أو من له ولاية عليه

واحد منهما فرائس معلومة أو لاحدهما بالليل وللآخر بالنهار ، وإن كان قد عرف رجع اليه وان اختلفا في البادى منهما أقرع ، ويحتمل أن لا يصح كرهاً إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لانه عقد على مجهول بالنسبة الى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشتريا عبدين على أن لكل واحد منهما عبداً معيناً منهما

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لاحدهما فسخها)

وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لانها عقد معاوضة فكانت لازمة كالبيع ولانها نوع من البيع وانما اختلفت باسم كالحرف والسلم لا أن يجد العين معينة عيباً لم يكن علم به فله الفسخ بغير خلاف فعلمه قال ابن المنذر اذا اكتري دابة بعينها فوجدها جرحاً أو عضواً أو نفوراً أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فلا مكتري الخيار ان شاء ردها وفسخ الاجارة ، وإن شاء أخذها وهذا قول الشوري وأصحاب الرأي لانه عيب في المعتقد عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيع الاعيان ، والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة كتهثر الظفر في المشي والعرج يتأخر به عن الفائلة وربض البهيمة بالحمل وكونها جرحاً أو عضواً ونحو ذلك ، وفي المكتري للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص ، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو تغيره بحيث يمنع الشرب والوضوء

(فصل) قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي ومعناها الركوب في بعض الطريق يركب شيئاً ويمشي شيئاً لانه إذا جاز أكثراؤها في الجميع جاز أكثراؤها في البعض ، ولا بد من كونها معلومة إما أن بقدرها بفراسخ معلومة وإما بالزمان مثل أن يركب ليلاً ويمشي نهاراً ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول ، وإن اتفقا على أن يركب يوماً ويمشي يوماً جاز . فإن أكثرى عقبة وأطلق احتمل أن يجوز ويحمل على العرف ، ويحتمل أن لا يصح لأن ذلك يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولاً . وإن اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أيام أو مازاد وقص جاز ، وإن اختلفا لم يجبر الممتنع منها لأن فيه ضرراً على كل واحد منهما : الماشي لدوام المشي عليه ، وعلى الجبل لدوام الركوب عليه ، ولأنه إذا ركب بعد شدة تعب كان أثقل على البعير

وإن أكثرى اثنان جلا يركبانه عقبة وعقبة جاز ويكون كراؤها طول الطريق والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه ، وإن نشاحا قسم بينهما لكل واحد منهما فراسخ معلومة أو لأحدهما الليل والآخر النهار وإن كان ذلك عرف رجم اليه ، وإن اختلفا في البادي منها أفرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصح كراؤها إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لانه عقد على مجهول بالنسبة إلى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشترى عبدتين على أن لكل واحد منهما عبداً معيناً منها

وأشبه ذلك من النقائص ، فإن رضي بالمقام ولم يفسخ لزمه جميع الاجرة لانه رضي به ناقصاً أشبه ماله رضي بالمبيع معيباً ، وإن اختلفا في الموجود هل هو عيب أولاً ؟ رجع فيه إلى أهل الخبرة مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أو أنها تعيب راكبها لكونها لا تترك كثيراً فإن قالوا هو عيب فله الفسخ والافلا هذا إذا كان العقد تعلق بعينها فإن كانت موصوفة في الدمة لم يفسخ العقد وعلى المستكري إبدالها كالسليم فيه إذا وجده معيباً أو على غير صفته فإن عجز عن إبدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره فلا مكثري الفسخ أيضاً

(مسئلة) (وإن بدا له قبل تقضي المدة فعليه الاجرة)

قد ذكرنا أن الاجارة عقد لازم يقتضي تملك المؤجر الاجر والمستأجر المنافع فإذا فسخ المستأجر الاجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنفسخ الاجارة وتلزمه الاجرة ولا يزول ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه : قال الاثرم قلت لابي عبد الله رجل اشترى بعيراً فلما قدم المدينة قال له فاسخني ؟ قال ليس ذلك له قد لزمه الكراء قالت فإن مرض المستكري بالمدينة ؟ فلم يجعل له فسخاً لانه عقد لازم من الطرفين فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه ، وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب كالبيع

(فصل) قد ذكرنا أن المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع وبزول ملك المؤجر عنها كما يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيها لأنها صارت مملوكة لغيره فإن

(مسئلة) قال (فان رأي الراكبين أو وصفاه وذكر الباقي بأرطال معلومة جوائز)

وجملته ان المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الراكبين إذا وصفها بما يختلفان به في الطول والقصر والمزال والسمن والصحة والمرض والصغر والكبر والذكورية والانثوية والباقي يكفي فيه ذكر الوزن وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لابد من معرفة الراكبين بالرؤية لأنه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه وهذا مذهب الشافعي ، ولم في المحمل وجه أنه لا تكفي فيه الصفة ويجب تعيينه

ولنا أنه عقد معاوضة مضاف الى حيوان فاكنتي فيه بالصفة كالبيع وكل ركوب في الاجارة ولأنه لو لم يكن فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لأنه إنما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لا تأتي عليه الصفات لا يعلم التساوي فيه ولأن الوصف يكتفي به في البيع فاكنتي به في الاجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة بسير تجري المساحة فيه كالسلم فيه

(فصل) ويجوز اكتراء الابل والدواب للحمولة ، قال الله تعالى [ونحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالفيه الا بشق الانس] والحولة بالضم الاحمال والحولة بالفتح التي يحمل عليها قال الله تعالى

تصرف فيها وكان ذلك في حال يد المستأجر قبل تقضي المدة مثل أن يكتري داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمال أن ينسخ العقد فيما استوفاه المالك لأنه تصرف فيه قبل قبض المستكثري له أشبه ما لو أئلف المسكيل قبل تسليمه وسلم ببقية ، فان تصرف في بعض المدة دون بعض انسخ العقد في قدر ما تصرف فيه خاصة ، وعلى المستأجر أجر ما بقي فان سكن المستأجر شهراً وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين ، وان سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المأجر أجر عشرة أشهر واحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بسقط ذلك مما على المستأجر من الاجر ويلزمه الباقي لأنه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه أشبه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري بإياه وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالاكثري والاجارة وغيرها ، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر الاجر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء ، وان فضلت منه فضلة لزم المالك أدائها الى المستأجر ، والاول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي وان تصرف المالك قبل تسليمه العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الاجارة انفسخت الاجارة وجهاً واحداً لان العاقد أئلف المأجور عليه قبل تسليمه فانسخ العقد كما لو باعه طعماً فأئلفه قبل تسليمه ، وان سلمها اليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ، ويجب أجر الباقي بالخصصة كالبيع إذا سلم بعضه وأئلف بعضاً

ومن الانعام حمولة وفرشا [الحمولة الكبار والفرش الصغار ، وقيل الحمولة الأبل والفرش الغنم لأنها لا تحمل ، ولا يحتاج الى معرفة الحمولة لان الغرض حمل المتاع دون ما يحمله بخلاف الركوب فان المراكب غرضا في الركوب من سهولته وحاله وسرعته ، وان اتفق وجود غرض في الحمولة مثل أن يكون المحمول شيئا تضره كثرة الحركة كالفاكة والزجاج أو كون الطريق مما يضر على بعضها دون بعض فينبغي أن يذكر في الاجارة ، وأما الاحمال فلا بد من معرفتها فان لم يعرفها لم يحز لان ذلك يتفاوت كثيرا ويختلف الغرض به فان شرط أن يحمل ماشا بطل لان ذلك لا يمكن الوقا به ويدخل فيه ما يقتل البهيمة ، وان قال احتمل عليها طاقتها لم يحز أيضا لان ذلك لا ضابط له ، ونحصل المعرفة بطريقتين (المشاهدة) لانها من أعلى طرق العلم (والصفة) ويشترط في الصفة معرفة شيئين القدر والجنس لان الجنس يختلف تبع البهيمة باختلافه مع التساوي في القدر فان القطان يضر بها من وجه وهو انه ينتفع على البهيمة فيدخل فيه الريح فيقتل ومثله من الحديد يؤذي من جهة أخرى وهو انه يجتمع على موضع من البهيمة فربما عقرها فلا بد من بيانها ، وأما الظروف فان دخلت في الوزن لم يحتج الى ذكرها ، وان لم توزن فان كانت ظروفها معروفة لا تختلف كغرائر الصوف والشعر ونحوها جاز العقد عليهما من غير تعيين لانها قلما تتفاوت تفاوتا كثيرا فتسميتها تكفي ، وان كانت تختلف فلا بد من معرفتها بالتعيين أو الصفة وذكر ابن عقيل انه اذا قال أكرمتها التحمل عليها ثلثمائة رطل عاشت جاز وذلك لان لا يحمله حملا يضر

(مسئلة) (وان حوله المالك قبل تقضيها فليس له أجر لما سكن نص عليه ويحتمل أن له من

الاجرة بقسطه)

اذا استأجر مدة فسكنه بعضها ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الاجر نص عليه أحمد وذكره الحارثي ويحتمل أن له من الاجر بقسطه وهو قول أكثر الفقهاء لانه استوفى ملك غيره على وجه المعاوضة فلزمه عوضه كالمبيع اذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته

ولنا أنه لم يسلم اليه ما تناوله عقد الاجارة فلم يستحق شيئا كما لو استأجره لحل كتاب الى بلد فحمله بعض الطريق أو ليحفر له عشرين ذراعا فحفر له عشرةا وامتنع من حفر الباقي وقياس الاجارة على الاجارة أولى من قياسها على البيع ، والحكم فيمن أكثرى دابة فامتنع المسكن من تسليمها في بعض المدة أو أجر نفسه أو عبده للخدمة مدة وامتنع من إتمامها أو أجر نفسه لبناء حائط أو خيطة أو حفر بئر أو حل شيء الى مكان وامتنع من اتمام العمل مع القدرة عليه كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه وانه لا يستحق شيئا لما ذكرنا

(مسئلة) (وان هرب الاجير حتى انقضت المدة انفسخت الاجارة ، وان كانت على عمل خير

للمستأجر بين الصبر والفسخ)

بالحيوان مثل مالو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغي أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضع واحد من ظهره ولا يجعله في وعاء يشموج فيه فيكد البهيمة ويتعبها، وإن اكرى ظمراً للحمل موصوفاً بجنس فأراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه لأنه لا يملك المطالبة بما لم يعتقد عليه وإن طلبه المؤجر وكان يفوت به غرضه للمستأجر مثل أن يكون غرضه الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه سكن الحولة لكون الحولة مما يضرها الحرز أو قوتها وصبرها لطول الطريق وثقل الحولة فيعين الابل لم يجوز العدول عنه لأنه يفوت غرض المستأجر فلم يجوز ذلك كما في المركوب، وإن لم يفوت غرضه جاز كما يجوز لمن اكرى على حمل شيء حمل مثله أو أقل ضرراً منه

(فصل) ويجوز كراء الدابة للعمل لأنها منفعة مباحة خلقت الدابة لها فجاز الكراء لها كالركوب وإن اكرى بقرأ لحرث جاز لأن البقر خلقت لحرث ولذلك قال النبي ﷺ «بينما رجل بسوق بقرة أراد أن يركبها فالتفت إلى أخاه فقال ما خلقت لحرث متفق عليه. ويحتاج إلى شرطين معرفة الأرض وتقدير العمل فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة ولأنها تختلف فتكون صلبة تنعب البقر والحرث وقد يكون فيها حجارة تتعلق بالسكة وتكون رخوة سهلة يسهل حرثها ولا تأتي الصلابة عليها فيحتاج إلى رؤيتها وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما الأرض كهذه القطعة أو من

وجملة ذلك أنه إذا هرب الأجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الاجارة لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ فان انفسخ فلا كلام، وإن لم يفسخ وكانت الاجارة على مدة انفسخت بمضي المدة يوماً فيوماً فإن عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها، وإن انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه وإن كانت الاجارة على موصوف في الدمة كخيطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من يعمل كما لو أسلم إليه في شيء فهو رب يبيع من ماله فإن تعذر فللمستأجر الفسخ فإن لم يفسخ وصبر إلى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل لأن ما في الدمة لا يفوت بهربه، وكل موضع امتنع الأجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل إن لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل فاما إن شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الأجر بقدر ما استوفى بكل حال (مسئلة) (فإن هرب الجمال أو مات وترك الجمال انفق عليها الحاكم من مال الجمال أو أذن

للمستأجر في الانفاق فإذا قدم باعها ووفى المنفق وحفظ باقي ثمنها لصاحبه)

إذا هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يهرب بجماله فإن لم يجد المستأجر حاكماً أو وجد حاكماً لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن ولم يحصل

هذا المكان إلى هذا المكان أو بالمساحة كدنى أو مدين ونحو ذلك كل ذلك جائز ، لان العلم يحصل به فان قدره بالذة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها لان الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف ، ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الارض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولى الحرث بها ويجوز استئجارها بآلتها من الفدان والنير واستئجارها بدون آلتها تكون الآلة من عند صاحب الارض ، ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس الزرع لانها منفعة مباحة مقصودة فأشبهت الحرث ، ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرنا في الحرث ، ومتى كان على مدة احتيج الى معرفة الحيوان الذي يعمل عليه ليعرف قوته أو ضعفه ، وإن كان على عمل غير مقدر بالمدة احتاج الى معرفة جنس الحيوان لان الغرض يختلف به فنه ماروئه طاهر ومنه ماروئه نجس ولا يحتاج الى معرفة عين الحيوان ، ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته غير آلته مع صاحبه ومنفرداً عنه كما ذكرنا في الحرث (فصل) ويجوز استئجار بهيمة لادارة الرحي ويفتقر إلى شيتين معرفة الحجر إما بمشاهدة وإما بصفة تحصل بها معرفته لان عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفته وتقدير العمل إما بالزمان فيقول يوماً أو يومين ، أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين وبذكر جنس المطحون إن كان يختلف لان منه ما يسهل طعمه ومنه ما يصعب ، وكذلك إن اكترها لادارة دولاب فلا بد

له ما يستوفي به حقه منه فلامستأجر الفسخ لانه تعذر عليه قبض العقود عليه أشبه ما اذا أفلس المشتري فان فسخ العقد وكان الجمل قد قبض الاجر كان ديناً في ذمته وان اختار المقام على العقد وكانت الاجارة على عمل في الذمة فله ذلك ، ومتى قدر على الجمل طالبه به وان كان العقد على مدة انقضت في هربه انفسخت الاجارة وان أمكن اثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم يفسخ العقد ويرفع الامر الى الحاكم ويثبت عنده حاله فان وجد الحاكم للجمل مالا اكترى به وان لم يجد له مالا وامكنه أن يقترض عليه ما يكتري له به فعل فان دفع الحاكم المال الى المكتري ليكتري به لنفسه جاز في ظاهر كلام أحد ، وان كان القرض من المكتري جاز وصار ديناً في ذمة الجمل وان كان العقد على معين لم يجوز ابداله ولا اكتره غيره لان العقد تعلق بعينه فيخير المكتري بين الفسخ أو الصبر الى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل

(الحال الثاني) اذا هرب وترك جماله فان المكتري يرفع الامر الى الحاكم فان وجد للجمل مالا استأجر به من يقوم مقامه في الاتفاق على الجمل والشد عليها وفعل ما يلزم الجمل فان لم يجد له غير الجمل وكان فيها فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وان لم يكن فيها فضل أولم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما ذكرناه وان اذن من المكتري وانفق جازه وان أذن للمكتري في الاتفاق من ماله بالمعروف ليكون ديناً على الجمل جاز لانه موضع حاجة فاذا رجع واختلفا فيها اتفق وكان الحاكم قدر النصفة قبل قول

من مشاهدته ومشاهدة دولابه لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو مل. هذا الحوض أو هذه البركة ، وكذلك ان اكترها للاستقاء ، بالقرب فلا بد من معرفته لانه يختلف بكبره وصغره ، ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة أو حوض ، ولا يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لان ذلك يختلف فقد تكون الأرض عطشاة لا يروىها القليل وتكون قرية العبد بالماء فيكفيها القليل فيكون ذلك مجهولا ، وإن قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ويحتمل أن يجوز لان شربها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة يستقي عليها ، ولا بد من معرفة الآلة التي يستقي بها من راوية أو قرب أو جراد ، ومعرفة ذلك اما بالرؤية واما بالصفة ، ويقدر العمل اما بالزمان واما بعدد المرات واما بملء شيء معين ، فان قدره بعدد المرات احتاج الى معرفة الموضع الذي يستقي منه والذي يذهب اليه لان ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحرونة ، وإن قدره بملء شيء معين احتاج الى معرفته ومعرفة ما يستقي منه ، ويجوز أن يكتري البهيمة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها ، وإن اكترها لبل تراب معروف جاز لان ذلك بالعرف ، وكل موضع وقع المقعد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه لان الفرض يختلف باختلافها في القوة والضعف ، وإن وقع على حمل معين لم يحتاج الى معرفتها لانه لا يختلف ويحتمل أن يحتاج الى ذلك في استقاء الماء عليه لان منه ماروثة طاهر وجسمه طاهر بغير خلاف كالخيل والبقر ، ومنه ماروثة نجس ويختلف في نجاسة جسمه كالبعال والخير فربما نجس به المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الفرض بذلك فتجب معرفته

المكتري في ذلك دون ما زاد ، وان لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف لانه أمين فاشبه الوصي اذا ادعى النفقة على الايتام بالمعروف وما زاد لا يرجع به لانه متطوع به ، واذا وصل المكتري رفع الامر الى الحاكم فيفعل ما يرى الحظ فيه من بيع الجمال فيوفي عن الجمال ما لزمه من الدين للمكتري أو لغيره ويحفظ بقي الثمن له وان رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والاتفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز ، وان لم يجد حاكما أو عجز عن استئذانه فله أن يتفق عليها ويقيم مقام الجمال فيما يلزم ، ولا يرجع بذلك ان فعله متبرعا وان نوى الرجوع واشهد على ذلك رجع به لانه حال ضرورة وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وان لم يشهد ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان (أحدهما) يرجع به لان ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة اذن في الاتفاق (والثاني) لا يرجع به لانه يثبت لنفسه حقا على غيره وكذلك ان لم يشهد وأنفق محتسبا بالرجوع ، قال شيخنا وقياس المذهب أن له الرجوع كقولنا يرجع بما انفق على الآتي وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة المراهونة ، فان قدر على استئذان الحاكم فانفق من غير استئذانه واشهد على ذلك في رجوعه وجهان أيضا ، وحكم موت الجمال حكم هر به وقال أبو بكر مذهب احمد أن الموت لا ينسخ الاجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علفها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى ، فان لم يكن في يد المستاجر ما ينفق لم يحز أن يبيع منها شيئا لان البيع إنما يجوز من المالك أو نائبه أو من لا ولاية عليه

(فصل) واذا اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له مثل أن اكترى البقر المربوب والحمل عليها أو اكترى الابل والحمل للحرث جاز لانها منفعة مقصودة أمكن استيفائها من الحيوان لم يرد الشرع بتعريضها لحاجز كالذي خلقت له ولأن مقتضى الملك جواز التعريف بكل ما تصالح له العين المملوكة ويمكن تحصيله منها ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح اما ورود نص بتعريضه أو قياس صحيح أو رجحان مضرته على منفعتها وليس ههنا واحد منها ، وكثير من الناس من الاكراء وغيرهم يحملون على البقر ويركوبونها وفي بعض البلدان يحرق على الابل والبغال والحمار فيكون معنى خلقها للحرث ان شاء الله أن معظم الانتفاع بها فيه ولا يمتنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر كما أن الحبل خلقت المركوب والزينة ويباح أكلها والؤلؤ خلقا للحلية ويجوز استعماله في الادوية وغيرها والله أعلم

(مسئلة) (وما حدث في السابعة من يد الصانع ضمن)

وجملته أن الاجير على ضربين خاص ومشارك فالخاص هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كرجل استأجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهرا . سمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس . والمشارك الذي يقع العقد معه على

(مسئلة) (وتفسخ الاجارة بتلف العين المعقود عليها)

وجملته ان من استأجر عينا مدة فحبل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام [أحدها] ان تلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت ذلك على ثلاثة أضرب [أحدها] أن تلف قبل قبضها فان الاجارة تنفسخ بغير خلاف فعلمه لان المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه [الثاني] أن تلف عقيب قبضها فان الاجارة تنفسخ ايضا ويسقط الاجر في قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور حكى عنه أنه قال يستمر الاجر لان المعقود عليه تلف بعد قبضه أشبه المبيع . وهذا غلط لان المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين [الثالث] أن تلف بعد مضي شيء من المدة فان الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى ويكون للمؤجر من الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، قال أحمد في رواية ابراهيم بن الحارث : إذا اكترى بعيرا بعينه فنفق بعطيه بحساب ما ركب وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض كما لو اشترى صبرتين فقبض احدهما وتلفت الاخرى قبل قبضها ، ثم نظر فان كان أجر المدة متساويا فعليه بقدر ما مضى ان كان قد مضى النصف فعليه نصف الاجر وان كان قد مضى الثالث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي ، وان كان مختلفا كدار أجرها في الشتاء أكثر من أجرها في الصيف وأرض أجرها في الصيف أكثر من الشتاء ،

(المغني والشرح الكبير) (١٤) (الجزء السادس)

عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء الى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحل والطبيب . سمي مشتركاً لانه يتقبل أعمالاً لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركاً لاشتراكهم في منفعته ، فالاجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقى وهو ضامن لما جنت يده فالحائك اذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد نص أخذ على هذه المسئلة في رواية ابن منصور ، والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه ، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والجمال يضمن ما يسقط من حملة عن رأسه أو تلف من عثرته والجمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حملة الذي يشد به حملة والملاح يضمن ما تلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينة ، وروى ذلك عن حمير وعلي وعبد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يضمن ما لم يتعد . قال الربيع هذا مذهب الشافعي وإن لم يبح به ، وروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لأنها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصر مضمونة كاهين المتأجرة

ولنا ما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس الا ذلك ، وروى الشافعي في مسنده بإسناده عن علي أنه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا ولأن عمل الاجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالعهد وإن قطع

أو دار لما موهم كدور مكة رجع في تقويمه الى أهل الخبرة ويسقط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقصة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع ، وكذلك لو كان الاجر على قطع مسافة كبير استأجره على حمل شيء الى مكان معين وكانت متساوية الاجزاء أو مختلفة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

(مسألة) (وموت الصبي المرتضع)

إذا مات الصبي المرتضع انفسخ العقد لانه يتعذر استيفاء المعتود عليه لانه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف الابن باختلافهم فانه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذا منصوص الشافعي ، وإذا انفسخ العقد عقيب بطلان الاجارة من أصلها ورجع المستأجر بالاجر كله وإن كان في أثناء المدة رجع بمحضه ما بقي

وتنفسخ الاجارة بموت المرتضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها ، وحكي عن أبي بكر أنها لا تنفسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لانه كالدين

ولنا انه ذلك المعتود عليه أشبه ما لو هلكت البهيمة المستأجرة .

(مسألة) (وموت الركب اذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة) اذا مات المكثري ولم يكن

له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائباً ممن يموت في طريق مكة ويخلف جملة الذي اكثراه وليس له عليه شيء . يحمل ولا وارث له حاضر يقوم مقامه فظاهر كلام أحمد ان لاجارة تنفسخ فيها بقي

عضو بخلاف الاجير الخاص. والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض الا بالعمل وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فانه اذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل ، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بثلفه

(فصل) ذكر القاضي أن الاجير المشترك اذا كان يعمل في ملك نفسه مثل الحجاز يخبز في تنوره وماكه وانقصار الخياط في دكانيهما قال ولو دعا الرجل خبازاً فخبز له في داره أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده لضمان عليه فيما أتلف مالم يفرط لانه سلم نفسه الى المستأجر فيصير كالاجير الخاص ، قال ولو كان صاحب المتاع م الملاح في السفينة أو راكباً على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لضمان على الملاح والمكاري لان يد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمنه الجمال لان رب المتاع لم يسلمه اليه ومذهب مالك والشافعي نحو هذا ، قال أصحاب الشافعي لو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضراً أو أكثره ليعمل له شيئاً وهو معه لم يضمن لان يده عليه فلم يضمن من غير جنابة ويجب له أجر عمله لان يده عليه فكما عمل شيئاً صار مسلماً اليه فظاهر كلام الحرقى أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائباً عنه أو كونه مع الملاح أو الجمال أولاً ، وكذلك قال ابن عقيل ما تلف بجنابة الملاح بمجذفه أو بجنابة المكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو

من المدة لانه قد جاء أمر غالب بمنع المستأجر منفعة العين فأشبهه ما لو غصبت ولان بقاء العقد ضرر في حق المكري والمكثري لان المكثري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه ، وقد نقل عن أحمد في رجل أكرت بغير أوقات المكثري في بعض الطريق فان رجع البعير خالياً فعليه بقدر ما وجب له ، وان كان عليه ثقل ووطأؤه فله الكراء الى الموضع ، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة اذا مات المستأجر ولم يبق له به انتفاع لانه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فأشبهه ما لو أكرت من يقطع له ضرره فبراً أو اتقلم قبل قلعه أو أكرت كحالا ليحل عينه فبراً أو ذهبت ، ويجب أن يقدراً لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لان الوارث يقوم مقام الموروث وتأولها القاضي على أن المكري قبض البعير ومنع الورثة الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لانه لا يفسخ بهذر في المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكنها ، ولا يصح هذا لانه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئاً من الاجر ، ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر لان المعقود عليه انتفاعه وهذا لم يؤبس منه بالحبس لانه يمكن خروجه في كل وقت من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة له إما بأجره أو غيره بخلاف الميت فانه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه أشبه ما ذكرنا من الصبور

لم يكن لان وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالمعدوان ولان جنابة الجال والملاح اذا كان صاحب المتاع راكبا معه يعم المتاع وصاحبه وتفريطه يعمها فلم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى انسانا متترسا فكسر ترسه وقتله ، ولان الطيب والختان اذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطيب والختون ، وقد ذكر القاضي أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه ورب المتاع معافتر فسقط المتاع قتل ضمه وان سرق لم يضمن لانه في العثار تلف بجنابته والسرقة ليست من جنابته ورب المال لم يحمل بيته ويدنه وهذا يقتضي ان تلفه بجنابته مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجوب الضمان في محل النزاع أدلى لان الفعل في ذلك الى الموضع مقصود لهائه والسقطة من الجمل غير مقصودة له فاذا وجب الضمان ههنا فم أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه اذا كان المستأجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً فلا ضمان على المكاري فيما تلف من سوقه وقرده اذ لا يضمن بني آدم من جهة الاجارة لانه عقد على منفعة والاولى وجوب الضمان لان الضمان ههنا من جهة الجنابة فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الجنابات وما ذكره ينتقض بجناية الطيب والختان والله أعلم

(فصل) فأما الاجير الخاص فهو الذي يستأجره مدة فلا ضمان عليه مالم يتعد قال أحمد في رواية

(مسئلة) (وانقلاع الضرر الذي اكثري لقلعه أو برؤه) وكذلك ان اكثري كحالا ليكمل عينه فبرأت أو ذهبت انفسخ العقد لانه تعذر استيفاء المعتود عليه أشبه ماله تعذر بالموت (مسئلة) (فان اكثري داراً فانهدمت أو أرضاً للزرع فانقطع ماؤها انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة في أحد الوجهين وفي الآخر يثبت المستأجر خيار الفسخ)

وجملة ذلك أنه إذا حدث في العين المكثرة ما يمنع نفعها كدار انهدمت أو أرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها فان لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بعروة الدار أو الأرض لوضع حطب فيها أو وضع خيمة في الأرض الذي استأجرها للزرع أو صيد السمك من الأرض التي غرقت انفسخت الاجارة أيضاً لان المنفعة التي وتم العقد عليها تلفت فانفسخت الاجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزنت بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرحى. وقال القاضي في الأرض التي انقطع ماؤها لا تنفسخ الاجارة فيها وهو منصوص الشافعي ، لان المنفعة لم تبطل جملة لانه يمكن الانتفاع بعروة الأرض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبه ماله نقص نفعها مع بقائه ، فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والامضاء ، فان فسخ فحكه حكم العبد إذا مات ، وإن اختار إمضاء العقد فعليه جسيم الاجرة لان ذلك عيب فاذا

ههنا في رجل أمر غلامه بكيال لرجل بزرا فسقط الرطل من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا ، القصار مشترك ، قيل فرجل اكثرى رجلا يستقي ماء فكسر الحجرة ؟ فقال لاضمان عليه قيل له فان اكثرى رجلا يحرق له على بقرة فكسر الذي يحرق به ؟ قال فلاضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر ان جميع الاجراء يضمنون وروي في مسنده عن علي رضي الله عنه انه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا

ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به كالفصاص وقطع يد السارق ، وخبر علي رضي الله عنه وكرم وجهه مرسل والصحيح فيه انه كان يضمن الصباغ والصواغ ، وان روي مطلقا حمل على هذا فان المطلق يحمل على المقيد ولان الاجير الخاص نائب عن المالك في صرف منفعه إلى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب ، فأما ما تلف بتعديه فيجب ضمانه مثل الحجاز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لانه تلف بتعدي فضمنه كغير الاجير

(فصل) واذا استأجر الاجير المشترك أجيراً خاصاً كالخياط في دكان يستأجر أجيراً مدة يستعمله فيها فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه إلى أجيره فخرقه أو أفسده لم يضمنه لانه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لانه أجير مشترك

(فصل) اذا أ تلف الصانع الثوب بعد عمله فصاحبه بخير بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجر عليه

رضي به سقط حكمه فان لم يختار الفسخ ولا الامضاء إما لجهله بان له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والاول أصح لان بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كالأعيان في البيع ، ولو كان النفع الباقي في العين مما لا يباح استيفاءه بالعقد كدابة استأجرها لركوب فصار لا تصلح الا لأجل أو بالعكس انفسخ العقد وجهاً واحداً لان المنفعة الباقية لا يملك استيفاءها مع سلامتها فلا يملكها مع تعييبها كبيعها ، فاما ان أمكن الانتفاع بالعين وفيما أكثرها له على نعت من القصور مثل أن يمكنه زرع الأرض بغير ماء أو كان الماء منحسراً عن الأرض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار إما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الاجارة لان المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية فأشبهه مالو تعيبت ولله استأجر خييار الفسخ على ما ذكرنا إلا في الدار إذا أنهدت ففيها وجهان (أحدهما) لا تنفسخ الاجارة (والثاني) تنفسخ لانه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تنصدها ولذا لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها فاما إن كان الحادث في العين لا يضرها كغرق الأرض بما ينحسر عن قريب بحيث لا يمنع الزرع ولا يضره وانقطاع الماء عنها إذا ساق المؤجر إليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج إليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لان هذا ليس بعيب ، وإن حدث الفرق المضر أو انقطاع الماء أو الهدم ببعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكثري الخيار في بقية

وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجره ، ولو وجب عليه ضمان المتاع المضمون فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه ولا أجر له وبين تضمينه إياه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الاجر إلى ذلك المكان ، وإنما كان كذلك لأنه إذا أحب تضمينه معمولاً أو في المكان الذي أفسده فيه فله ذلك لأنه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فذلك المطالبة بعوضه حينئذ ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك فلان أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه إليه وما سلم إليه فلا يلزمه

(فصل) إذا دفع إلى حائك غزلاً فقال انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع انسجه زائداً على ما قدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة لأنه غير مأمو بهما وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه فإن كان جاء به زائداً في الطول وحده ولم ينقص الأصل بالزيادة فله ما سمي له من الاجر كما لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين فإن جاء به زائداً في العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان (أحدهما) لا أجر له لأنه مخالف لأمر المستأجر فلم يستحق شيئاً كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين (والثاني) له المسمى لأنه زاد على ما أمر به فأشبهه بزيادة الطول ، ومن قال بالوجه الأول فرق بين الطول والعرض بأن يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ما أراد ولا يمكن ذلك في العرض ، وأما إن جاء به ناقصاً في "الطول" والعرض أو في أحدهما ففيه أيضاً وجهان (أحدهما) لا أجر له وعليه

العين لأن الصفقة تبعضت عليه فإن اختار الإمساك أمسك بالحصة من الاجر كما إذا تلف أحد القبتين من الطعام في يد البائع

(مسألة) (ولا تنفسخ بموت المكنتري أو المكري)

وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق والبيهقي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث تنفسخ لاجارة بموت أحدهما لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لأنه استحق بالمقد استيفاءها على ملك المؤجر فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت إلى ورثته فالتائم تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها لأنه ما عقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الاجر في تركه

ولنا أنه عند لازم لم ينفسخ بموت العائد مع سلامة المعتقد عليه كما لو زوج أمته ثم مات ، وما ذكره لا يصح لانا قد بينا أن المستأجر قد ملك المتائم ، وإن الاجرة قد ملكت عليه كاملة في وقت العقد على ما نذكره ، ويلزمهم ما لو زوج أمته ثم مات ولو صح ما ذكره ولكن وجوب الاجر هنا بسبب من المستأجر فوجب في تركه بعد موته كما لو حفر بئراً فوقم فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله لأن سبب ذلك كان منه في حياته كذا هنا

(مسألة) (ولا تنفسخ بعذر لأحدهما مثل أن يكنتري للحج فتضيع نفقته أو دكانا فيحترق متاعه)

وهذا قول مالك والشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز للمكنتري فسخا لعذر

ضمان نقص الغزل لانه مخالف لما أمر به فاشبهه مالو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع [واشائي] له بمحضته من المسمى كمن استؤجر على ضرب لبن ففرب بعضه ، ويحتمل انه ان جاء به ناقصا في العرض فلا شيء له ، وان كان ناقصا في الطول فله بمحضته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض ، وان جاء به زائدا في أحدهما ناقصا في الآخر فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه . وقال محمد بن الحسن في للموضعين بخير صاحب اثوب بين دفع اثوب إلى النساخ ومطالبة بمن غزله وبين أن يأخذه ويدفع اليه المسمى في لزائد أو بمحضه المنسوج في الناقص لان غرضه لم يسلم له لانه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالتقصير وينتفع بالتقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أنلف عليه غزله

ولما أنه وجد عين ماله فلم يكن له المطالبة بعرضه كما لو جاء به زائدا في الطول وحده ، فأما ان أثرت الزيادة أو النقص في الاصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون اثوب خفيفا فنسجه خمسة عشرة فصار صفيقا أو أمره بنسج خمسة عشر ليكون صفيقا فنسجه عشرة فصار خفيفا فلا أجر له بحال وعليه ضمان نقص الغزل لانه لم يأت بشيء مما أمر به

(فصل) اذا دفع الى خياط ثوبا فقال إن كان يقطع قبضا فاقطع فقال هو يقطع وقطعه فلم يكف فعليه ضمانه ، وإذ قال انظر هذا يكفيني قبضا فقال نعم قال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن به هذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور لا ضمان عليه في المستثنين لانه لو كان غره في الاولى لكان قد غره في الثانية

في نفسه مثل أن يكترى جملا ليحج عليه فيعرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيق نفقته ، أو يكترى دكانا ليز فيحترق متاعا وما أشبه هذا لان هذا العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها ذلك به النسخ كما لو استأجر عبدا فابق

ولما أنه عقد لا يجرز فسخه لنيز عذر فلم يجرز لهذر في غير المعقود عليه كالباع ولانه لو جاز فسخه لعذر المكترى لجاز لعذر المكري تسرية بين المتعاقدين ودفعاً لضرر عن كل واحد منهما ولم يجرز ثم فلا يجرز ههنا ، وينارق الا باق فانه عذر في المعقود عليه

(مسألة) (وإن غصبت العين خير المتأجر بين الفسخ والامضاء ومطالبة الغاصب بأجرة المثل) إذا غصبت العين المتأجرة فله استأجر الفسخ لان فيه تأخر حقه فان فسخ فالحكم كما لو انفسخ العقد بتلف العين وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة لاجارة فله الخيار بين انفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل لان المعقود عليه لم ينت مطلقاً بل الى بدل وهو القيمة فأشبهه مالو أنلف النمرة لمبيعة آدمي قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على الرواية التي تقول إن منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي ولا أصحاب الشافعي في ذلك اختلاف فان ردت العين في أثناء المدة ولم يكن قد فسخ استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة

ولنا أنه أذن له في الأولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه وفي الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتعريضه بل لعدم الأذن في قطعه لأن أذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون أذنا في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية

(فصل) فإن أمره أن يقطع الثوب قبض رجل فقطعه قبض امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا لأن هذا قطع غير مأذون فيه فأشبهه بالوقوفه من غير إذن ، وقبل بغرم ما بين قبض امرأة وقبض رجل لأنه مأذون في قبض في الجلة ، والأول أصح لأن المأذون فيه قبض موصوف بصفة فاذا قطع قبضا غيره لم يكن فاعلا لما أذن فيه فكان متعديا بابتداء القطع ولذلك لا يستحق على انقطع أجراً ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصل) وإن اختلفنا فقال أذنت لي في قطعه قبض امرأة وقال بل أذنت لك في قطعه قبض رجل ، أو قل أذنت لي في قطعه قبضا قال بل قباء أو قال الصباغ أمرتني بصبغه أحر قال بل أسود فاقول قول الخياط والصباغ نص عليه أحمد في رواية ابن منصور فقال القول قول الخياط والصباغ وهذا قول ابن أبي ليلى ، وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور القول قول رب الثوب ، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قل له قولان كالمذهبين ومنهم من قل له قول ثالث أنهم ما يتحالفان كالتبايعين يتحالفان في الثمن ومنهم من قال الصحيح أن القول قول رب الثوب لأنهما اختلفا في صفة أذنه والقول قوله في أملي الأذن فكذلك في صفة ولأن الأصل عدم الأذن المختلف فيه ، فالقول قول من ينفيه

مخيراً كما ذكرنا ، وإن كانت الإجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء إلى موضع معين فغصب جله الذي يحمل عليه أو عبده الذي يحيط له لم يفسخ العقد ، والله تأجر مطالبة الأجير بعوض المغموص وإقامة من يعمل العمل لأن العقد على ما في الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فردته فإن تعذر البديل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والعصبر إلى أن يقدر على العين المغموصة فيستوفي منها

(فصل) فإن حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة أو يمحصر البلد فيمتنع خروج المستأجر إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك ثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعة فثبت الخيار كغصب العين ، ولو أكرى دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى موضع معين فانقطعت الطريق إليها لخوف حادث أو أكرى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ملك كل واحد منهما فسخ الإجارة ، وإن اختار أبقاها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز لأن الحق لهما ، فأما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر كمن خاف وحده لرب أعدائه من الموضع المستأجر أو خلوم في طريقه لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكفاية أشبه مرضه ، وكذلك لو حبس أو مرض لأنه ترك استيفاء المنفعة له من جهة فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً . قل الخرقى : فإن جاء أمر غالب يمحصر المأجر عن منفعة ما رقع عليه العقد لزمه من الإجارة بقدر مدة انتفاعه وقد شرحناه

ولنا انهما اتفقا في الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول المأذون له كالمضارب اذا قال اذنت لي في البيع ذاء ولانهما اتفقا على ملك الخياط القطع والصباغ الصبغ والظاهر أنه فعل مملوكه واختلفا في لزوم الغرم له والاصل عدمه . فلي هذا يحلف الخياط والصباغ بالله لقد اذنت لي في قطعه قبا . وصبغة أحر ويسقط عنه الغرم ويكون له أجر مثله لانه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى لان المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يحنث بيمينه ولان النبي ﷺ قال « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » أخرجه مسلم فاما المسمى في العقد فاما يعترف رب الثوب بتسميته أجرا وقطعه قيصا وصبغة أسود ، فأما من قال القول قول رب الثوب فانه يحلف بالله ما اذنت في قطعه قبا . ولا صبغة أحر ويسقط عنه المسمى ولا يجب للخياط والصباغ شيء . لانهما فعلا غير ما اذن لهما فيه ، وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أن صاحب الثوب اذا لم يكن ممن يلبس الاقبية والسواد قال قول قوله وعلى الصائم غرم ما تئص بانقطع وضمان ما افسد ولا أجر له لان قرينة حال رب المال تدل على صدقه فتخرج دعواه بهما كالأختلاف في حائط لاحدهما عليه عقد أو اخرج رجعتا دعواه بذلك وان اختلاف الزوجان في متاع البيت رجعتا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له ، ولو اختلف صانعا في الآلة التي في دكانهما رجعتا قول كل واحد منهما في آلة صناعته . فلي هذا يحلف رب الثوب ما اذنت لك في قطعه قبا . ويكفي هذا لانه يمتنع به الاذن فيصير قاطعا لغير ما اذن فيه فان كان القبا مخيطا

(مسألة) (ومن استأجر لعمل شيء . فرض أقبح مقامه من بعمله والاجرة عليه)

لا خلاف بين أهل العلم في جواز استئجار الآدمي ، وقد أجر موسى عليه السلام نفسه لرعيه الغنم واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلا ليدلها على الطريق ، ولانه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه فجازت اجارته كالذور . ثم اجارته تنقسم قسمين (أحدهما) استئجاره مدة بعينه لعمل معين كاجارة موسى عليه السلام نفسه ثمانين حجج لرعي الغنم (والثاني) استئجاره على معين في الذمة كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر رجلا ليدلها على الطريق ، واستئجار رجل لخياطة قيص أو بناء حائط ، ويتنوع ذلك بنوعين (أحدهما) أن تقع الاجارة على عين كاجارة عبده لرعاية الغنم أو ولده لعمل معين (والثاني) أن تقع على عمل في الذمة كخياطة قيص وبناء حائط . فتى كانت على عمل في ذمته فرض وجب عليه أن يقيم مقامه من بعمله لانه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاءه كالمسلم ، فيه ولا يلزم المستأجر انظاره لان العقد باطل لانه يقتضي التعجيل وفي التأخير إضرار به ، فاما إن كانت الاجارة على عينه في مدة أو غيرها فرض لم يقيم غيره مقامه لان الاجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء . في ذمته وعمل غيره ليس بمعقود عليه فأشبهه مالو اشترى معينا لم يجوز أن يدفع اليه غيره ولا يبدله له بخلاف مالو وقع في الذمة فانه يجوز ابدال المعيب ولا يفسخ العقد بتلف ما يسله والمبيع المعين بخلافه فكذلك الاجارة فان كانت الاجارة على عمل في الذمة لكن لا يقوم غير الاجير مقامه كالتسخير فانه يخلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف إقامة

بمخبط لمالكه لم يملك الخياط فتقه وكان للمالكه أخذ مخيطا بلا عرض لانا عمل في ملك غيره عملا مجردا عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضي صاحبه بتركه فيه ، وإن كانت المخيط للخياط فله نزاعها لأنها عين ماله ولا يلزمه أخذ قيمتها لأنها ملكه ولا يتلف بأخذها ماله حرمة ، فإن اتفقا على تعريضه عنها جاز لان الحق لهما ، وإن قال رب الثوب أنا أشد في كل خيط خيطا حتى إذا سلمه عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الاجابة الى ذلك لانه انتفاع بملكه ، وحكم الصباغ في قلم الصبغ إن أحبه وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب على مامضى في بابه ، والذي يقوى عندي ان القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم

(فصل) وكل من استؤجر على عمل في عين فلا يخلو إما أن يوقعه وهي في يد الاجير كالصباغ يصبغ في حانوته والخياط في دكانه فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها إلى المستأجر ولا يستحق الاجر حتى يسلمه مفروغا منه لان المقود عليه في مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه إلى العاقد كالمبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشتري . وأما إن كان يوقع العمل في ملك المستأجر مثل أن يحفره المستأجر إلى داره ليخيط فيها أو يصبغ فيها فانه يبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لانه في يد المستأجر فيصير مسلماته لعماله حالا فخالا ، ولو استأجر رجلا يبنّي له حائطا في داره أو يحفر فيها بئرا لبري من العمل واستحق أجره بمجرد عمله ولو كانت البئر في الصحراء أو الحائط لم يبرأ بمجرد العمل ولو انتهزت

غيره مقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك ان بذله الاجير لان العوض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله منه فأشبهه ماله أسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره وكذلك كل ما يختلف باختلاف الاعيان

(مسألة) (وان وجد العين معيبة فله الفسخ)

كما لو وجد المبيع معيبا وقد ذكرناه ، وان حدث بها عيب فله الفسخ وأجرة ماضية لان البائع لا يحصل قبضها إلا بالاستيفاء فهي كالمكيل يتعيب قبل قبضه فان بادر المكري إلى إزالة العيب من غير ضرر يلحق المستأجر كدار تشعث فأصلحها ، ولا خيار للمستأجر لعدم الضرر والا فله الفسخ ، وان سكنها مع عيبها فعليه الاجرة علم أو لم يعلم لانه استوفى جميع المقود عليه معيبا فلزمه البذل كالبيع المعيب إذا رضي

(مسألة) (ويجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ الاجارة إلا أن يشتريها المستأجر فتتفسخ في إحدى الروايتين)

يصح بيع العين المستأجرة نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر ان باعها لغير المستأجر لم يصح لان يد المستأجر تمتع التسليم إلى المشتري فنعت الصحة كما في يوم الغصرب

ولنا أن الاجارة عقد على المنافع فلم تمتع الصحة كبيع الامة اذا زوجها ، قولهم يد المستأجر تمتع

عقيب الحفر أو الحائط بعد بنائه وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل نص عليه أحمد في رواية ابن منصور فانه إذا قال استعمل الف لينة في كذا وكذا فعلم ثم سقط فله الكراء ، وأما الاجير الخاص فيستحق أجره بمضي المدة سواء تلف ماعله أو لم يتلف نص عليه أحمد فقال إذا استأجره يوماً فعلم وسقط عند الأهل ماعل فله الكراء وذلك لانه إنما يلزمه تسليم نفسه وعمل ما يستعمل فيه وقد وجد ذلك منه بخلاف الاجير المشترك ولو استأجر أجيراً لينني له حائطاً طوله عشرة أذرع فبني بعضه فسقط لم يستحق شيئاً حتى يتممه سواء كان في ملك المستأجر أو في غيره لان الاستحقاق مشروط باتمامه ولم يوجد قال أحمد إذا قبل له أرفع حائطاً كذا وكذا ذراعاً فعليه أن يوفيه فان سقط فعليه التمام وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة أذرع فحفر منها خمسة وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحق شيئاً حتى يتم حفرها

مسئلة (وان تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا اجر له فيما عمل فيها)

اخلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفریط فروي عنه لا يضمن نص عليه في رواية ابن منصور وهو قول طارس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي وروى عن أحمد إن كان هلاكه بما استطاع ضمه وإن كان غرقاً أو عدواً غالباً فلا

التسليم لا يصح لان يد المستأجر إنما هي على المانع والبيع على الرقبة فلا ينعّم ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر كإلحاق الأمانة المزدوجة ولانها منعت التسليم في الحال فلا ينعّم في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الاجارة وبكفي القدرة على التسليم حينئذ كالتسليم فيه وقال أبو حنيفة البيع موقوف على اجازة المستأجر فان أبجازه جاز وبطلت الاجارة وان رده بطل

ولما أن البيع على غير المقدود عليه في الاجارة فلم تعتبر اجازته كبيع الأمانة المزدوجة . اذا ثبت هذا فان المشتري يملك المبيع بأسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الاجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لان تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها وإنما يستحق نفعها إذا انقضت الاجارة فهو كمن اشترى عينا في مكان بعيد لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيه وكالتسليم الى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه الا في وقته ، فان لم يعلم المشتري بالاجارة خير بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن لان ذلك عيب ونقص (فصل) ويصح بيعها للمستأجر لانه اذا صح بيعها لغيره فله أولى لان العين في يده وهل تبطل الاجارة فيه وجهان (أحدهما) لا تبطل لانه ملك المنفعة ثم ملك الرقبة المسلوقة بعقد آخر فلم يتناها كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر ، ولو أجز الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة صححت الاجارة فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي العقد على الرقبة ولذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز ، ففي هذا يكون الاجر باقياً على المشتري وعليه الثمن ويجتمعان فليانم كالأمر كان المشتري غيره

ضمان قال أحمد رحمه الله عليه في رواية أبي طالب اذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وان كان عدوا أو غرقا فلا ضمان ونحو هذا قال أبو يوسف، والصحيح في المذهب الاول وهذه الرواية تحتل أنه إنما اوجب عليه الضمان اذا تلف من بين متاعه خاصة لانه يهتم ولهذا قال في الوديعه في رواية إنما تضمن اذا ذهبت من بين ماله فاما غير ذلك فلا ضمان عليه لان تخصيصه التضمن بما اذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن اذا تلف مع متاعه ولانه اذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بامر غالب، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولانه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزم ضمانها كالمستعير ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم ينفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة، ولانه قبضها باذن مالئها لنعم يعود اليها فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بامر غالب، وبخلاف العارية فانه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فيخص محل النزاع بالقياس عليها اذا ثبت هذا فانه لا اجر له فيما عمل فيها لانه لم يسلم عمله الى المستأجر فلم يستحق عوضه كالباع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

(فصل) وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الاجر فتلف ضمنه لانه لم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب

(والثاني) تبطل الاجارة فيما بقي من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطل؛ لك العاقد الرقبة كما لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ولان ملك الرقبة بمنع ابتداء الاجارة فمنع استدامتها كالنكاح، فعلى هذا يستطعن المشتري الاجر فيما بقي من مدة الاجارة كما لو بطلت الاجارة بتلف العين وان كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسبه عليه من الثمن ان كان من جنس الثمن

(فصل) فان رد المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الاجارة وبقيائها فلو استأجر انسان من أبيه داراً ثم مات الاب وخلف ابنين (أحدهما) المستأجر فلدار بينهما نصفين والمستأجر أحق بمنفعتهما لان النصف الذي لأخيه الاجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه اما بحكم الملك أو بحكم الاجارة وما عليه من الاجرة بينهما نصفين، فان كان أبوه قد قبض الاجر لم يرجع على أخيه بشيء منه ولا على تركه أبيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين لانه لو رجع بشيء أفضى الى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه نصفاً مسلوب المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولانه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انتقضت الاجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي بطلت الاجارة فيها اذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره

(فصل) فان اشترى المستأجر العين فوجدها معيبة فردها فان قلنا لا تنفسخ الاجارة بالبيع فهي باقية بمرد العين كما كانت قبل البيع، وان قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف الدين

(فصل) إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكة فعليه ضمانه لانه فوته على مالكة . قال أحمد يفرم القصار ولا يسع المدفوع اليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه وعليه رده إلى القصار وبطالبه بثوبه ، فان لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعا وضمن ارش القطع وله مطالبة بثوبه إن كان موجوداً ، وإن هلك عند القصار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان (إحداهما) يضمنه لانه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم (والثانية) لا يضمنه لانه لم يمكنه رده فأشبهه مالو عجز عن دفعه لمرض (فصل) والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها . قال الاثرم : سمعت أبا عبد الله يسئل عن الذين يكرون المظال أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكتري بسرقة أو بذهاب هل يضمن ؟ قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن ، ولا أعلم في هذا خلافاً وذلك لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخاءته سنة أو قبض الزوج امرأته الامه ، ويخالف العارية فانه لا يستحق منفعتها ، وإذا انقضت المدة فعليه رده عليه وليس عليه الرد أو ما اليه في رواية ابن منصور ، فقل له إذا اكترى دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحمله فقال أحمد : من استعار شيئاً فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجبه في الاجارة والوديعة ، ووجهه أنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنه كالوديعة . وفارق العارية فان ضمانها يجب فكذلك ردها ، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة

فان كان المشتري أجنياً فرد المستأجر الاجارة لعيب فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائع لانه يستحق عوضها على المستأجر وإذا سقط العوض عاد اليه الموضع ، ولان المشتري ملك العين مسلوقة المنفعة مدة الاجارة فلا يرجع اليه مالم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يرجع إلى المشتري لان المنفعة تابعة للرقبة وإنما استحققت بعقد الاجارة فاذا زالت عادت اليه كما لو اشترى أمة مزوجة نطقها الزوج قال شيخنا ولا يصح هذا القياس لان منفعة البضم قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الاجر في الاجارة فان المؤجر يستحق الاجر في مقابلة المنفعة مقدوماً على مدتها فاذا كان له عوض المنفعة المستقبلة فزال بالفسخ رجع اليه بعوضها وهو المنفعة ، ولان منفعة البضم لا يجوز أن يملك بغير ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت إلى البائع للملك بغيرها ولانها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها

(فصل) وإذا وقعت الاجارة على عين كن استأجر عبداً لخدمة أو للرعي فتأف انفسخ العقد وقد ذكرناه وإن خرجت العين مستحقة تبيننا أن العقد باطل وان وجد بهاء عيباً فردها انفسخ العقد أيضاً ولم يملك إبداله لان العقد على معين فنثبت هذه الاحكام كن اشترى عيناً ، وإن وقعت على عين وصوفاء في الذمة انعكست هذه الاحكام فنسلم اليه عيناً تلفت أو خرجت مفقودة أو وجد بهاء عيباً فردها لم تنفسخ الاجارة

كالوديعة ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه ، وهذا قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم يضمن لانه
بفساد انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها
ولما انها أمانة أشبهت الوديعة ولانه لو وجب ضمانها لوجب ردها وأما العارية فانها مضمونة في
كل حال بخلاف مسئلتنا ولانه يجب ردها ، وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها اليه فان
امتنع من ردها لغير عذر صارت مضمونة كالمقصوبة

(فصل) فان شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه ينافي بمقتضى العقد ،
وهل تفسد الاجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع . قال أحد فيما اذا شرط ضمان
العين : الكراء والضمان مكروه . وروى الاثرم باسناده عن ابن عمر قال لا يصالح الكراء بالغمان ،
وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكثري بضمان الا انه من شرط على كربي انه لا ينزل متاعه بطن
واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلغ شيء مما حل في ذلك التعدي فهو
ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه وان شرطه لم يصح الشرط لان ما لا يجب ضمانه لا يصير
الشرط مضمونا ، وما يجب ضمانه لا يفتني ضمانه بشرطه فيه ، وعن أحمد انه سئل عن ذلك فقال المسلمون
على شروطهم ، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله ﷺ « المسلمون على
شروطهم » فأما ان أكره عينا ر شرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن

ولزم المؤجر ابدالها لان المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنها فلم يؤثر ذلك في ابطال العقد كما لو اشترى
بشئ في الدمة على ما قرر في موضعه ، فان قيل فقد قلتم فيمن اكثري جملا ليركه جاز أن يركبه
من هو مثله ولو اكثري أرضا لزرع شيء بعينه جاز له زرع ما هو مثله أو دونه في الضرر فلم قلتم اذا اكثري
جملا بعينه لا يجوز أن يبدله قلنا : المعقود عليه منفعة العين فلم يجوز أن يدفع اليه غير المعقود عليه كالأرض
اشترى عينا لا يجوز ان يأخذ غيرها والراكب غير معقود عليه انما هو مستوف للمنفعة وانما يشترط
معرفة انتقدر به المنفعة لا لكونه معقوداً عليه وكذلك الزرع في الأرض فانما يعين يعرف به قدر
المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها كالأرض المستوفى المبيع الا ترى أنه لو تلف
البعير أو الأرض انفسخت الاجارة ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تنفسخ وجاز أن يقوم
غيره مقامه فانفقاً .

(نصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ولا ضمان على الاحير الخاص وهو الذي يسلم نفسه الى المستأجر
فيما تلفت في يده الا ان يتعدى)

وجعلته ان الاجير على ضربين خاص ومشارك : فالخاص الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة
يستحق المستأجر نفعه في جميعها كمن استأجر لخدمة أو خياطة أو رعاية شهراً أو سنة ، سمي خاصاً
لان المستأجر يختص بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس والمشارك الذي يقع العقد به على عمل معين

القافلة أو لا يحمل سيره في آخرها أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشبه هذا مما له فيه غرض مخالف ضمن لانه متعدد لشرط كرية فضمن ما تلف به كالمثل شرط عليه أن لا يحمل عليه الا قفيزاً فحمل اثنين (فصل) وان كانت الاجارة فاسدة لم يضمن العين أيضا اذا تلفت بغير تفريط ولا تعد لانه عقد لا يقتضي الضمان صحيجه فلا يتنضيه فاسده كالوكالة والمضاربة ، وحكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحيجه فما وجب الضمان في صحيجه وجب في فاسده وما لم يجب في صحيجه لم يجب في فاسده

(فصل) والمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ويكبحها بالاجرام للاستصلاح ويحتملها على السير للاحق القافلة ، وقد صح أن النبي ﷺ نحس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يخرش بعيره بمحجنه والمرائض ضرب الدابة لتأديب وترتيب المشي والعدو والسير والمعلم ضرب الصبيان لتأديب ، قال الاثرم سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوق بحجده الضرب واذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف وبهـذا في الدابة قال مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد ، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمن لانه تلف بمجنابته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعي في المالم يضرب الصبي لانه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا انه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كالمثل تحت الحمل ولان الضرب معنى تضمنه عقد

كخيانة ثوب أو بناء حائط وحمل شيء الى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكلحال والطبيب سمي مشتركا لانه يتقبل أعمالا لاثنتين أو أكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعة فسمي مشتركا لاشتراكهم في منفعة ، فاما الاجير الخاص فلا ضمان عليه ما لم يتعد قال أحمد في رواية مهناني رجل أمر غلامه بكيال لرجل بزراً فسقط الرطل من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا القصار مشترك قيل فرجل أكثرى رجلا يستني ما فكسر الجرة ؟ فقال لا ضمان عليه قيل له فان أكثرى رجلا يحرث له على بقرة فكسر الذي يحرث به ؟ قال لا ضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر أن جميع الاجراء يضمنون وروى في مسنده ان عليا كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح للناس الا هذا

ولنا أن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به كالمصاص وقطع يد السارق وخبر علي مرسل والصحيح فيه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وان روي مطلقاً حمل على هذا فان المطلق يحمل على المقيد ولان الاجير الخاص نائب عن المالك في صرف منفعه الى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب . فأما ما تلف بتدبيره فعليه ضمانه مثل الخبز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لانه تلف بتدبيره فضمن كغير الاجير

(فصل) وان استأجر الاجير المشترك أجيراً خاصاً كالخياط في دكان بتأجير أجيراً مدة يستعمله

الاجارة فاذا تلف منه لم يضمن كالركوب، وفارق غير المستأجر لانه متعدد، وقول الشافعي : يمكن التأديب بغير الضرب لا يصح فإن العادة خلافه ولو امكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب اذ فيه ضرر وإيلا م مستغنى عنه . وان أسرف في هذا كله أو زاد على ما يحصل الغنى به أو ضرب من لا عقل له، من الصبيان فعليه الضمان لانه متعدد حصل التلف بعدوانه

(مسئلة) قال (ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب اذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم)

وجله ان هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين [أحدهما] أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة لانه اذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع واذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فيضمن سرايته كالتقطع ابتداء [الثاني] أن لا تجني أيديهم في تجاوزوا ما ينبغي أن يقطع ، فاذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لانهم قطعوا قطعاً مأذونا فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام يد السارق أو فعل فعلاً مباحاً مأذونا في فعله أشبه ما ذكرنا ، فأما ان كان حاذقاً وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان الى الحشفة أو الى بعضها أو قطع في غير محل القطع أو يقطع السلعة من انسان في تجاوزها أو يقطع بألة كلة يكثر ألامها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشياء هذا ضمن فيه كله لانه إتلاف لا

فيها فيقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه الى أجير فخرقه أو أفسده لم يضمنه لانه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لانه أجير مشترك

(مسئلة) (ويضمن الاجير المشترك ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطاه في تفصيله)

قد ذكرنا ان الاجير المشترك هو الصانع الذي لا يختص المستأجر بنفعه فيضمن ما جنت يده كالحائك اذا أفسد حياكته فهو ضامن لما أفسد نص عليه أحمد في رواية ابن منصور والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عضره أو بسطه والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال يضمن لما يسقط من حملة عن دابته أو تلف من عثرته والجمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به حملة والملاح يضمن ما تلف من مدة أو جذفه أو ما يعالج به السفينة ، روي ذلك عن عمر وعلى وعبد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم ، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد وإسحاق الشافعي وقال في الآخر لا يضمن ما لم يتعد قال الربيع هذا مذهب الشافعي وإن لم يبح به يروي ذلك عن عطاء وطاوس وزفر ولانها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصر مضرونة كالمعين المستأجرة

ولنا ما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس الا على ذلك وروي الشافعي بإسناده عن علي أنه كان يضمن الاجراء ويقول لا يصلح الناس الا هذا

يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبهه اتلاف المال ولأن هذا فعل محرم فيضمن مراكبه كالقطع ابتداءً وكذلك الحكم في النزاع والقاطم في القصاص وقاطم يد السارق ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) وان ختن صبياً بغير إذن وليه أو قطع سائمة من إنسان بغير إذنه أو من صبي بغير إذن وليه فسرت جنايته ضمن لأنه قطع غير مأذون فيه وإن فعل ذلك الحاكم أو من له ولاية عليه أو فعله من أذن له لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعاً

(فصل) ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلعة لا نعلم فيه خلافاً ولأنه فعل يحتاج إليه مأذون فيه شرعاً فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر حجاماً ليحججه وأجره مباح وهذا اختيار أبي الخطاب وهذا قول ابن عباس قال أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم وأبو جعفر ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة ويحيى الأنصاري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي لا يباح أجر الحجام وذكر أن أحمد نص عليه في مواضع وقال أعطي شيئاً من غير عقد ولا شرط فله أخذه وبصرته في علف دوابه وطعمة عبده ومؤنة صناعته ولا يحمل له أكله ، ومن كره كسب الحجام عثمان وأبو هريرة والحسن والنسبي وذلك لأن النبي ﷺ قال « كسب الحجام خبيث » رواه مسلم وقال « اطعمه ناضحك ورقيةك »

ولأن عمل الاجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالعقد وان يقطع عضو بخلاف الاجير الخاص والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل وإن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يمتط أجره بتلفه

(فصل) ذكر القاضي أن الاجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه كالخباز يخبز في تنوره والقصار والخياط في دكانيهما قال ولو دعا الرجل خبازاً يخبز له في داره أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده لا ضمان عليه فيما أتلف ما لم يفرط لأنه سلم نفسه إلى المستأجر فصار كلاجير الخاص ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة أو راكباً على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لا ضمان على الملاح والمكاري لان يد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمن الجمال لان رب المتاع لم يسلمه إليه ومذهب مالك والشافعي نحو هذا قال أصحاب الشافعي لو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضر أو اكترأه ليعمل له شيئاً وهو معه لم يضمن لان يده عليه فلم يضمن من غير جنابة ويجب له أجر عمله لان يده عليه فكما عمل شيئاً صار مسلماً إليه ، وظاهر كلام الحرقي أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل

ولنا ما روى ابن عباس قال : احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراماً لم يعطه متفق عليه . وفي لفظ لو علمه خبيثاً لم يعطه ، ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلمها أن يكون من أهل القرية فجاز الاستنجار عليها كالبنا ، والحياطة ، ولأن بالناس حاجة إليها ولا نجد كل أحد متبرعاً بها فجاز الاستنجار عليها كالرضاع وقول النبي ﷺ في كسب الحجام « أطعمه رقيقك » دليل على إباحة كسبه إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله فإن الرقيق آدميون يحرم عليهم ما حرمه الله تعالى كما يحرم على الأحرار وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استنجار يحكم لا دليل عليه وتسميته كسباً خبيثاً لا يلزم منه التحريم فقد سمي النبي ﷺ الثوم والبصل خبيثين مع إباحتهما

وإنما كره النبي ﷺ ذلك لحر تنزهها لدناءة هذه الصناعة وليس عن أحمد نص في تحريم كسب الحجام ولا الاستنجار عليها ، وإنما قال نحن نعطيها كما أعطى النبي ﷺ ونقول له كما قال النبي ﷺ لما سئل عن أكله نهاه وقال « ألعنه الناصح والرقيق » وهذا معنى كلامه في جميع الروايات وليس هذا صريحاً في تحريمه بل فيه دليل على إباحته كما في قول النبي ﷺ وفعله على ما بينا وإن إعطاءه للحجام دليل على إباحته إذ لا يعطيه ما يحرم عليه وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم إياها ويمكنهم منها ، وأمره باطعام الرقيق منها دليل على الإباحة فيتعين حمل نهيه عن أكلها على الكراهة دون التحريم وكذلك قول الامام أحمد فإنه لم يخرج عن قول النبي ﷺ وفعله وإنما قصد اتباعه

حاضر أو غائب أو كونه مع الملاح أو الجبل أولاً ولذلك قال ابن عقيل ما تلاف بجناية الملاح بجذفه أو بجناية المسكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو لم يكن لأن وجوب الغمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان ، ولأن جناية الجبل والملاح إذا كان صاحب المتاع راكباً معه تعم المتاع وصاحبه وتفریطه يعمها فلم يسقط ذلك الغمان كما لو رمى انساناً متبرحاً فكسر ترسه وقتله ، ولأن الطيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطيب والختنون ، وقد ذكر القاضي أنه لو كان حمالاً يحمل على رأسه ورب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتألف ضمن وإن سرق لم يضمن لأنه في العثار تلف بجنائه والسرقة ليست من جنائنه ورب المال لم يحمل بينه وبينه وهذا يقتضي أن تلفه بجنائه مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجوب الغمان في محل النزاع أولى لأن الفعل في ذلك المكان مقصود لفاعله والبقعة من الحمال غير مقصودة له فإذا وجب الغمان ههنا فم أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه إذا كان المستأجر على حمله عبداً صفاراً أو كباراً فلا ضمان على المسكاري فيما تلف من سوته وقوده إذ لا يضمن بني آدم من جهة الإجارة لانه عقد على منفعة ، والأولى وجوب الغمان لأن الغمان ههنا من جهة الجناية فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الحيوانات وما ذكره ينتقض بجناية الطيب والختان

ﷺ وكذلك سائر من كرهه من الائمة يتعين حمل كلامهم على هذا ولا يكون في المسئلة قائل بالتحريم وإذا ثبت هذا فانه يكره لحر أكل كسب الحجام ويكره تعلم صناعة الحجمة واجارة نفسه لها لما فيها من الاخبار ، ولان فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح وعلى هذا يحمل قول الائمة الذين ذكرنا عنهم كراهتها جميعا بين الاخبار الواردة فيها وتوفيقا بين الادلة الدالة عليها والله أعلم

(فصل) فأما استنجار الحجام لغير الحجمة كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من الجسد للحاجة اليه فجائز لان قول النبي ﷺ « كسب الحجام خبيث » يعني بالحجمة كما نهى عن مهر البنتي أي في البغاء ، وكذلك لو كسب بصناعة أخرى لم يكن خبيثا بغير خلاف وهذا النهي يخالف القياس مختص بالمحل الذي ورد فيه ولان هذه الامور تدعو الحاجة اليها ولا تحريم فيها فجائز الاجارة فيها وأخذ الاجر عليها كسائر المنافع المباحة

(فصل) ويجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه لانه عمل جائز ويمكن تسليمه ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة لان العمل غير مضبوط فيقدر به ويحتاج إلى بيان قدر ما يكمله مرة في كل يوم أو مرتين فأما ان قدرها بالبرء فقال القاضي لا يجوز لانه غير معلوم

وقال ابن أبي موسى لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء لان أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء والصحيح ان شاء الله أن هذا يجوز لكن يكون جملة الاجارة فان الاجارة لا بد فيها من مدة أو

(مسئلة) (ولاضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله ولا أجرة له فيما عمل فيه وعنه يضمن) اختلفت الرواية عن أحمد في الاجير المشترك اذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروي عنه لا يضمن في رواية ابن منصور وهو قول طاوس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي ، وروي عن أحمد ان كان هلاكه بما استطاع ضمنه وان كان غرقا أو عذرا غالبا فلا ضمان عليه قال أحمد في رواية أبي طالب اذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وان كان عدوا أو غرقا فلا ضمان ونحو هذا قال ابو يوسف، والصحيح في المذهب الاول وهذه الرواية تحتمل أنه انما أوجب عليه الضمان اذا تلف من بين متاعه خاصة لانه يتهم ولهذا قال في الوديمة في رواية إنه يضمن اذا ذهبت من بين ماله فاما في غير ذلك فلا ضمان عليه لان تخصيصه التضمن بما اذا أتلف من بين ماله يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه، ولانه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان لم يجب عليه الضمان كما لو تلف بأمر غالب ، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولانه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير

ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الاجارة لم يتلفها بذله فلم يضمنها كالعين المستأجرة ولانه قبضها باذن مالسها لنفع يعود اليها فلم يضمنها كالضارب والشريك والمستأجر ويخالف العارية فانه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الاصول فتخصص محل النزاع بالقياس عليها . إذا ثبت هذا

أو عمل معلوم فأما الجمالة فتجوز على عمل مجهول كرد القطة والآبق وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جمالة فيجوز ههنا مثله . اذا ثبت هذا فان الكحل إن كان من العليل جاز لأن آلات العمل تكون من المستأجر كالابن في البناء والطين والآجر ونحوها ، وإن شرطه على الكحل جاز وقال القاضي بمحتمل أن لا يجوز لأن الأعيان لا تملك بعقد الاجارة فلا يصح اشتراطه على العليل كبن الحائط ولنا أن العادة جارية ويشق على العليل تحصيله وقد يعجز عنه بالسكينة فجاز ذلك كالصبغ من الصباغ والابن في الرضاع والخبر والاقلام من الوراق وما ذكره ينتقض بهذه الاصول ، وفارق ابن الحائط لأن العادة تحصيل المستأجر له ولا يشق ذلك بخلاف مسئلتنا ، وقال أصحاب مالك يجوز أن يستأجره لينبئ له حائطا والآجر من عنده لأنه اشترط ما نتم به الصنعة التي عقد عليها فاذا كان مباحا معروفا جاز كما لو استأجره ليصبغ ثوبا والصبغ من عنده

ولنا أن عقد الاجارة عقد على المنفعة فاذا شرط فيه بيع كبيعين في بعة ، وفارق الصبغ وما ذكرنا من الصورة التي جاز فيها ذلك من حيث إن الحاجة داعية اليه لأن تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب وقد يكون الصبغ لا يحصل الا في حيث يحتاج إلى . وثمة كثيرة لا يحتاج اليها في صبغ هذا الثوب فجاز لميسر الحاجة اليه بخلاف مسئلتنا

فانه لا أجر له فيما عمل فيها لانه لم يلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه

(مسألة) (ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا نزع ولا طيب إذا علم منهم حذق ولم تكن أيديهم) وجه ذلك أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين (أحدهما) أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم لانه إذا لم يكن كذلك لم تحمل له مباشرة القطع فاذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فضمن سرايته كالقطع ابتداء ، وقد قال النبي ﷺ « من تطيب بغير علم فهو ضامن » رواه أبو داود (والثاني) أن لا تنجي أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع . فاذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لانهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام يد السارق ، فاما إن كان حاذقاً وجنت يده مثل أن يجاوز قطع الختان الى الحشفة أو إلى بعضها أو يقطع في غير محل القطع أو قطع سلعة من انسان فتجاوز بها موضع القطع أو يقطع بألة يكثر ألمها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله لانه اتلاف لا يختلف ضامنه بالعمد والخطأ فأشبهه اتلاف المال ولانه فعل محرر فيضمن سرايته كالقطع ابتداء ، وكذلك الحكم في النزاع والقاطع في القصاص وقاطع يد السارق وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) فان ختن صبياً بغير اذن وليه أو قطع سلعة من انسان بغير اذنه أو من صبي بغير

(فصل) وإذا استأجره مدة فكحله فيها فلم تبرأ عينه استحق الاجر وبه قال الجماعة، وحكي عن مالك أنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ولم يحك ذلك أصحابه وهو فاسد لان المستأجر قد وفى العمل الذي وقع العقد عليه فوجب له الاجر وإن لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوماً أو لحياطة قميص فلم يتمه فيه، وإن برئت عينه في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة لانه قد تعذر العمل فأشبهه مالو حاجر عنه أمر غاب وكذلك لو مات فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الاجر بمضي المدة كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه، فأما إن شرطه على البرء فإنه يكون جملة فلا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء سواء وجد قريباً أو بعيداً، فإن برى بغير كحله أو تعذر الكحل لموته أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل في الجمالة ثم فسخ العقد، وإن امتنع لأمر من جهة الكحال أو غير الجمال فلا شيء له، وإن فسخ الجمال بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله، فإن فسخ الكحال فلا شيء له لانها جملة فثبت فيها ما ذكرناه

(فصل) ويجوز ان يستأجر طبيباً ليدأويه، والكلام فيه كالسكاح في الكحال سواء إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لان ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الاصل للحاجة اليه وجري العادة به فلم يوجد ذلك المعنى ههنا فثبت الحكم فيه على وفق الاصل والله أعلم

إذن وليه فمست جنيته ضمن لانه قطع غير مأذون فيه وإن فعل ذلك الحاكم أو وليه أو فعله من أذن له لم يضمن لانه مأذون فيه شرعاً

(مسئلة) (ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد)

يصح استئجار الراعي بغير خلاف علمناه وقد أجر مومى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم. إذا ثبت ذلك فإنه لا يضمن مائتف من الماشية إذا لم يتعد أو يفرط في حفظها لانعلم فيه خلافاً إلا ما روي عن الشعبي انه كان يضمن الراعي

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد ولا تفريط كالودع ولانه قبض العين بحكم الاجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة، فأما مائتف بتعديه فيضمنه بغير خلاف مثل أن ينأى عن الماشية أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره وحفظه أو يسرف في ضربها أو يضربها في غير موضع الضرب أو من غير حاجة اليه أو يسلك بها موضعاً تعرض فيه لقتل وأشباه هذا مما يعد تفريطاً وتعدياً فتتلف به فيضمنها لانها تلفت بعدوانه فضمنها كالودع إذا تعدى، فإن اختلفنا في التعدي وعدمه فاقول قول الراعي لانه أمين وإن فعل فعلاً اختلفنا في كونه تعدياً ورجع إلى أهل الخبرة، ولو جاء بجلد شاة وقال مائت قبل قوله ولم يضمن وعن أحمد انه لا يقبل قوله ويضمن والصحيح الاول لان الامناء يقبل قولهم كالودع، ولانه يتعذر عليه إقامة البينة في الغالب أشبه المودع وكذلك اذا ادعى موتها ولم يأت بجلدها

(فصل) ويجوز أن يستأجر من يقلع نمرسه لأنها منفعة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلها كالحنان فان أخطأ فقلع غير مأمر يقلعه ضمه لأنه من جنائته ، وإن برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة لان ضمه لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان التلف جزء من الآدمي محرم في الاصل وإنما أبيع اذا صار بقاءه ضرراً وذلك مفوض الى كل انسان في نفسه اذا كان أهلاً لذلك وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة

(فصل) ومن استأجر على عمل موصوف في الذمة كخياطة أو بناء أو قلع ضرس فبذل الاجير نفسه للعمل فلم يمكنه المستأجر لم تستقر الاجرة بذلك لانه عقسد على المنفعة من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبذل كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها ، ويفارق حبس الدابة مدة الاجارة لان الدائم تلفت تحت يده بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) قال (ولا ضمان على الراعي اذا لم يتعد)

لأنهم خلافاً في صحة استئجار الراعي وقد دل عليه قول الله تعالى مخبراً عن شبيب أنه قل (اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج) وقد علم أن موسى عليه السلام إنما

(فصل) ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة لان العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في الذمة فان عقسد على معينة كآنة شاة معينة فذكر أصحابنا أنه يتعاق بأعيانها كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه فلا يجوز ابداله ، ويبطل العقد بتلفها فان تلف بعضها بطل العقد فيه وله أجر ما بقي بالخصه ، وإن ولدت لم يكن عليه رعي سخاها لانها زيادة لا يتناولها العقد ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها لانها ليست المفقود عليها إنما تستوفي المنفعة بها فأشبهه مالو استأجر ظهراً ليركبه فله أن يركب غيره مكانه ، ولو استأجر داراً ليسكنها فله أن يسكنها مثله وإنما المفقود عليه منفعة الراعي ولهذا تجب له الاجرة اذا سلم نفسه وإن لم يرع ، ويفارق الثوب في الخياطة لان الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشقتها بخلاف الرعي. فلي هذا له ابدالها بمثلها وإن تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه وكان له ابداله .

(فصل) فان وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه اطلاقاً أو غنياً أو ضامناً أو معزاً وان أطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبخاني لان اطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً إلا أن يقع العقد في مكان يتناولها الاسم فيحتاج الى ذكر نوع ما يرمعه منها كالغنم لان كل نوع له أثر في اتعاب الراعي ويذكر الكبير والصغير فيقول كباراً أو صفاراً أو عجائيل أو فصلانا إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف الى بعضها فيكتفي بذلك ، ومتى عقد على عدد موصوف كالآنة لم يجب عليه رعي زيادة من سخاها ولا من غيرها ، وان أطلق ولم يذكر

أجر نفسه لرعاية الغنم . اذا ثبت هذا فانه لاضمان على الراعي فيما تلف من الماشية ما لم يتعد ولا نعلم فيه خلافاً إلا عن الشعبي فانه روي عنه أنه ضمن الراعي

ولنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كالودع ولاها عين قبضها بحكم الاجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة فأما ما تلف بتمديه فيمضنه بغير خلاف مثل أن ينالم عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد منه أو تغيب عن نظره وحفظه أو ضربها ضرباً يسرف فيه أو في غير موضع الضرب أو من غير حاجة اليه أو سلك بها موضعاً تتعرض فيه للتلف وأشباه هذا مما يعد تقربطاً وتعدياً فتتلف به فعليه ضمانها لأنها تلفت بعدوانه فضمنها كالودع اذا تعدى ، وإن اختلفا في التعدي وعدمه فالقول قول الراعي لانه أمين ، وإن فعل فعلاً اختلفا في كونه تعدياً رجع الى أهل الخبرة ولو جاء بجلد شاة وقال مانت قبل قوله ولم يضمن وعن أحمد أنه يضمن ولا يقبل قوله ، والصحيح الاول لان الامناء تقبل أقوالهم كالودع ولانه يتعذر عليه إقامة البينة في الغالب فأشبه المودع كذلك لو ادعى موته من غير أن يأتي بجلدها

(فصل) ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة لان العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في القمة فان عقد على معينة فذكر أصحابنا انه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لحياطة ثوب بعينه فلا يجوز ابداله ويطل العقد بتلفها وإن تلف بعضها بطل عقد الاجارة فيه وله أجر ما بقي

عدداً لم يجز وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي يصح ويحمل على ما جرت به العادة كالمائة من الغنم ونحوها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، والاول أصح لان العادة في ذلك تختلف وتباين كثيراً والعمل يختلف باختلافه

(مسألة) (واذا حبس الصائم الثوب على أجرته فتلف ضمنه) لانه لم يرهنه عنده ولا اذن له في امساكه فلزمه الضمان كالغاصب

(مسألة) (فان أ تلف الثوب بعد عمله خير المالك بين تضمينه اياه غير معمول ولا أجره ؛ وبين تضمينه اياه معمولاً ويدفع اليه الاجرة)

وكذلك لو وجب عايه ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه ولا أجره له ، وبين تضمينه اياه في الموضع الذي أفسده وبعطيه الاجرة الى ذاك المكان ، وانما كان كذلك لانه اذا أحب تضمينه معمولاً أو في المكان الذي أفسده فيه فلهذا كان له ملكه في ذاك الموضع على تلك الصفة فلهذا المطالبة بعرضه حينئذ ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك فلان أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه وما سلم اليه فلا يلزمه

(فصل) اذا أخطأ القصار فدفع الثوب الى غير مالكة فعليه ضمانه لانه فوته على مالكة قال أحمد يفرم القصار ولا يسلم المدفوع اليه لبسه اذا علم أنه ليس بثوبه وبرده الى القصار وبطال به بثوبه فان لم

منها بالحصة ، وان ولدت سخالا لم يكن عليه رعيها لأنها زيادة لم يتناولها العقد ، ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها لأنها ليست المعقود عليها وإنما يستوفي المنفعة بها فأشبهه ما لو استأجر ظهراً لركبه جاز أن يركب غيره مكانه ، ولو استأجر داراً ليسكنها جاز أن يسكنها مثله ، ولو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة جاز أن يزرعها ما هو مثله في الضرر أو أدنى منها ، وإنما المعقود عليه منفعة الراعي ولهذا يجب له الاجر اذا سلم نفسه وان لم يرع ، ويفارق الثوب في الحياطة لان الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشتقتها بخلاف الرعي . فعلى هذا له ابدالها بمثلها وان تلف بعضها لم يفسخ العقد فيه وكن له ابداله وان وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه ابلاً أو بقرأ أو غنماً أو ضأناً أو معزاً وان اطلق ذكر البقر والابل لم يتناول الجواميس والبخاني لان اطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً وان وقع العقد في مكان يتناولها اطلاق الاسم احتاج الى ذكر نوع ما يراه منها كالغنم لان كل نوع له أثر في انعاب الراعي ، ويذكر الكبر والصغر فيقول كباراً أو سخالاً أو عجاجيل أو نصلائنا إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف الى بعضها فيغني عن الذكر ، واذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة عليها لامن سخالها ولا من غيرها ، وان اطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يجز وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي يصح ويحمل على ما جرت به العادة كالمائة من الغنم ونحوها وهو قول بعض اصحاب الشافعي والاول اصح لان العادة في ذلك تختلف وتباين كثيراً اذ العمل يختلف باختلافه

يعلم القاض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعاً وضمن أرش القطع وله مطالبة بثوبه ان كان موجوداً وان هلك عند التقاض ضمنه في إحدى الروايتين لانه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم (والثانية) لا يضمنه لانه لا يمكنه رده فأشبهه ما لو عجز عن دفعه لمرض

(فصل) والعين المستأجرة امانة في يد المستأجر ان تلفت بغير تفريط لم يضمنها قل الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن الذين يكررون الحيمة إلى مكة فنذهب من المكثري بسرقة هل يضمن قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن ؟ اذا ذهب لا يضمن ولا نعلم في هذا خلافاً لانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت امانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمة سنة أو قبض الزوج امرأته الامة ويخالف العارية فانه لا يستحق منفعتها واذا انقضت المدة فعليه رفع يده عنها وايس عليه الرد أو ما اليه في رواية ابن منصور قيل له اذا اكترى دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحملها فقال أحمد من استعار شيئاً فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجب في الاجارة والوديعة ووجه ذلك أنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته كالوديعة بخلاف العارية فان ضمانها يجب فكذلك ردها . وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده امانة كالوديعة ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه وهو قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم يضمن لانه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكه أشبهه العارية المؤقتة بعد وقتها

(فصل فيما تجوز إجارته) تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الاصل كالارض والدار والعبد والبهيمة والثياب والغساطيط والحبال والخيام والمحامل والسرير والاعجام والسيف والرمح واشباه ذلك وقد ذكرنا كثيراً مما تجوز إجارته في مواضعه وتجوز إجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وبهذا قال انثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن أحمد أنه قال في إجارة الحلي ما أدري ما هو ؟ قال القاضي هو محمول على إجارته باجرة من جنسه قاما بغير جنسه فلا باس به لتصريح أحمد بجواز ما قال مالك في إجارة الحلي والثياب ما هو من المشتبهات ولعله يذهب الى أن المتصور بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الاصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتج له بأنها تختك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وان كانت يسيرة فيحصل الاجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فاشبهت سائر ما تجوز إجارته والزينة من المقاصد الاصلية فان الله تعالى ابنها عايناً بقوله تعالى (ليركبهن أزواجه) وقال تعالى (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده) وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ما حرمه على الرجال لخاصة من الى التعزين للازواج وأسقط الزكاة عن حلين معوناتهن على اقتنائهم وما ذكروه من نقصها بالاحتسك لا يصح لأن ذلك يسير لا يقابل عوض ولا يكاد يظفر في وزن ولو ظهر فالاجر في مقابلة الانتفاع لافي مقابلة الاجزاء لان الاجر في الاجارة إنما هو عوض

ولما أنها أمانة أشبهت الوديعة ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها ، أما العارية فانها مضمونة بكل حال بخلاف مسئلتنا ولأنه يجب ردها ومتى طلبها صاحبها وجب تسليمها اليه فان امتنع من ذلك لغير عذر صارت مضمونة كالغصوبة

(فصل) فان شرط المؤجر على المستاجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه ينافي مقتضى العقد وتفسد به الاجارة في أحد الوجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع قال أحمد فيما اذا اشترط ضمان العين الكراء والضمان مكروه ، روي الاثرم بإسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالضمان ، وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا يكره بضمان إلا أنه من شرط على كره لا ينزل بمعاذ بطن واد ولا يسير به ليلا مع اشباه هذه الشروط فتعدي ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن فاما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه ، وان شرطه لم يصح لان ما لا يجب ضمانه لا يصير مضموناً بالشرط وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال : المسلمون على شروطهم وهذا يدل على وجوب الضمان بشرطه وسند كره ذلك في العارية فاما ان أكره عينا وشرط أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القائلة أو لا يجعل سيره في آخرها وأشباه هذا مما فيه غرض يخالف ضمن لانه متعدد لشرط كرهه فضمن ما تلف به كما لو شرط عليه ألا يحمل الا قفيزاً فحمل قفيزين ، وحكم الاجارة الفاسدة حكم الصحيحة في أنه لا يضمن اذا تلفت العين من غير تقريط ولا تعد لانه عقد لا يقتضي

المنفعة كما في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز إجارة أحد النقيدين بالأخر لأفضائه إلى الفرق في معاوضة أحدهما بالأخر قبل القبض والله أعلم

(فصل) وتجوز إجارة الدرام والدنانير لأوزن والتحلي في مدة معلومة ، وبه قال أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها لا تجوز إجارتها لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا تضمن منفعتها بفصلها فأشبهت الشمع

ولنا أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فأشبهت الحلي وفارق الشمع فإنه لا ينتفع به إلا بما أتلف عينه . إذا ثبت هذا فإنه إن ذكر ما يستأجره له وعينه فحسن ، وإن أطلق الإجارة فقال أبو الخطاب تصح الإجارة وينتفع بها فيما شاء منهما لأن منفعتيها في الإجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقاً فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها ، وقال القاضي لا تصح الإجارة وتكون قرضاً وهذا مذهب أبي حنيفة لأن الإجارة تقتضي الانتفاع والانتفاع المعتاد بالدرام والدنانير إنما هو باعياها فإذا أطلق لا انتفاع حمل على الانتفاع المعتاد

وقال أصحاب الشافعي لا تصح الإجارة فلا تكون قرضاً لأن التحلي ينتصها والوزن لا ينتصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز إطلاقها ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض لأن القرض تملك لاغير والإجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر ، ولأن التسمية والانفاظ تؤخذان فلا ولم يهد في اللسان التعبير بالإجارة عن القرض وقول أبي الخطاب أصبح إن شاء الله لأن العقد متى الغمان صحيحه فلا يقتضيه فاسده كلكالة وحكم كل عقد فاسد في وجوب الغمان وعدمه حكم صحيحه فما وجب الغمان في صحيحه وجب في فاسده ومالا فلا

(مسألة) (إذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة أو كبها أو الرأض الدابة لم يضمن)
وجملة ذلك أن المستأجر ضرب الدابة بما جرت به العادة ويكبحها بالجام الاستصلاح ويحتملها على السير يلحق القافلة فقد صح أن النبي ﷺ فحس بعير جبار وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يجرش بعيره بمحجنه ، ولرائض ضرب الدابة لتأديب وترتيب المشي والعد والسير

(مسألة) (وكذلك المأمل إذا ضرب الصبي لتأديب)
قال الأثرم سئل أحمد عن ضرب المأمل الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب ، وإذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومتى ضرب من هؤلاء كلهم الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف في الدابة وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد ، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمن لأنه تلف بجنايةه فضمن كغير المستأجر ، وكذلك قال الشافعي في المأمل يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب

ولنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كالكوفات تحت الحل ولأن الضرب يعني تضمينه الإجارة فإذا تلف منه لم يضمن كالركوب وفارق غير المستأجر لأنه متد ، وقول الشافعي يمكن التأديب بغير

أمكن حمله على الصحة كان أولى من افساده وقد أمكن حمله على اجارتها للجهة التي تجوز اجارتها فيها وقول القاضي لا يصح لان الاجارة انما تقتضي انتفاعا مع بقاء العين فلا تحمل على غير ذلك وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعد فان ذلك يسير لأمر له فوجوده كعدمه

(فصل) ويجوز أن يستأجر شجراً ونخلاً ليجنف عليها الثياب أو يسطها عليها ليستظل بظلها ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكره في الأمان

ولنا أنها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك اذا كانت نابتة وذلك لان الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فما جاز في احدهما يجوز في الاخرى ولانها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ، ولانها منفعة مقصودة يمكن استيفائها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة ولانها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها فجاز استئجارها لها كالحبال والحشب والشجر المقطوع (فصل) ويجوز استئجار غنم لتدرس له طينا أو زرعاً ولأصحاب الشافعي فيه وجهان لانها منفعة

غير مقصودة من هذا الحيوان فاشبهت النخيل

ولنا أنها منفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقائها فاشبهت استئجار البقر للدياس الزرع (فصل) ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل واقطاع الكافور والند لتشمه المرضى وغيرهم مدة ثم يردده لانها منفعة مباحة فاشبهت الوزن والتحلي مع أنه لا ينفك من اخلاق دبل

الضرب لا يصح فان العادة خلافه ولو أمكن التأديب بغير الضرب لما جاز الضرب إذ فيه إيلاام لا حاجة اليه فان أمر في هذا كانه اوزاد على ما يحصل الغنى به أرض ضرب من لا عقل له من الصبيان فعليه الضمان لانه متعدد حصل التلف بعدوانه، وحكم ضرب الرجل امرأته في التشويز على ما ذكرنا قيساً على الصبي

(مسئلة) (وان قال أذنت لي في تفصيله قبا. قال بل قيساً فالقول قول الخياط نص عليه)

اذا اختلف المؤجر والمستأجر فقال أذنت لي في قطعه قبص امرأة قال بل أذنت لك في قطعه قبص رجل أو قال أذنت لي في قطعه قيساً قال بل قبا. أو قال الصباغ أمرتني بصبغه أحمر قال بل أسود فالقول قول الخياط والصباغ نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول ابن أبي ليلى وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور القول قول صاحب الثوب واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال له قولان كالمذهبيين ومنهم من قال له قول ثالث أنهم ايتحدان كالمذاهبين يختلفان في الثمن ومنهم من قال الصحيح ان القول قول رب الثوب لأنهما اختلفا في صفة اذنه والقول قوله في أصل الاذن فكذلك في صفته ولان الاصل عدم الاذن المختلف فيه فالقول قول من ينفيه

ولنا أنهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول المأذون له كالضارب إذا قال : أذنت لي في البيع نساءً فأنكره ولانها اتفقا على ملك الخياط القطم والصباغ الصبغ والظاهر أنه فعل مملكه واختلفا في لزوم الثمن له والاصل عدمه فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ : لقد أذنت لي

(فصل) وتجوز اجارة الحائط ليضع عليها خشباً معلوماً مدة معلومة ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز . ولنا أن هذه منفعة مقصودة متدور على تسليمها واستيفائها فجاز عقد الاجارة عليها كاستجار السطح لنوم عليه .

(فصل) ويجوز استجار دار يتخذها مسجداً يصلي فيه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لان فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بمقدار اجارة بجمال فلا تجوز الاجارة لذلك ولنا أن هذه منفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقائها فجاز استجار العين لها كالمسكن ويفارق الصلاة فانها لا تدخلها النيابة بخلاف بناء المساجد

(فصل) وذكر ابن عقيل أنه يجوز استجار البئر ليستقي منها أياماً معلومة لان هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع برور الدلو فيه وأما نفس الماء فيؤخذ على أصل الاباحة والله الموفق (فصل) ويجوز استجار الفهد والبازي والصتر للصيد في مدة معلومة لان فيه نفعاً مباحاً تجوز اعارته له فجازت اجارته له كالذابة وتجوز اجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها في القراءة فيها والنسخ منها لما ذكرناه وتجوز اجارة درج فيه خط حسن يكتب عليه ويتمثل منه لذلك

(فصل) وما لا تجوز اجارته أقسام [أحدها] ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالمطعم والمشروب والشمع ليشعله ، لان الاجارة عقد على المنافع وهذه لا ينتفع بها إلا بالتلاف عينها فان

في قطعه قبا ، وصبغه أحمر ، ويسقط عنه الغرم ويستحق أجر المثل لانه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى لان المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يجب بيمينه ، ولان النبي ﷺ قال : « لو بعلى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم » ولما كان المسمى على المدعى عليه أخرجه مسلم فاما المسمى في العقد فاما يعترف رب الثوب بتسميته أجراً لقطعه قيصاً أو صبغه أسود ، وأما من قال القول قول رب الثوب فانه يحلف بالله ما أذنت في قطعه قبا ، ولا صبغه أحمر ويسقط عنه المسمى ولا يجب للخياط والصباغ أجر لانهما فعلا غير ما أذن لهما فيه ، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن احمد أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الاقية والسواد فاقول قوله وعلى الصانع غرم ما نقص بالقطع رضمان ما أفسد ولا أجر له لان قرينة حال رب الثوب تدل على صدقه فترجح دعواه بها كما لو اختلف الزوجان في متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما رجحنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته فعلى هذا يحلف رب الثوب ما أذنت لك في قطعه قبا ويكفي هذا لانه ينتفي به الاذن فيصير قاطعاً لغير ما أذن فيه فاذا كان القبا مخيطاً بخيوط لالمسك لم يملك الخياط فقه وكان للمسك أخذ مخيطاً بلا عوض لانه عمل في ملك غيره عملاً مجرداً عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضي صاحبه بتركه فيه وإن كانت الخيوط للخياط فله نزعها لانها عين ماله ولا يلزمه

استأجر شـمعة يسرجها ويرد بتيثها وثمن ما ذهب وأجر الباقي كان فاسداً لانه يشمل بيما وإجارة وما وقع عليه البيع مجبول وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضا فيفسد العقدان ، ولو استأجر شمعا ليتجمل به ويرده من غير أن يشعل منه شيئا لم يجز لان ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع فبذل المال فيه منه وأخذه أكل مال بالباطل فلم يجز كما لو استأجر خبزاً لينظر اليه ، وكذلك لو استأجر طعاما ليتجمل به على مائدة ثم برده لم يجز لما ذكرنا وهكذا سائر الاشياء ، ولا يصح استئجار ما لا يبقى من الربا حين كالورد والبنفسج والريحان الفارسي وأشباهه لشبهها لانها تلف عن قرب فأشبهت المطعومات ولا يجوز استئجار الغنم ولا الابل والبقر ليأخذ لبنها ولا ليسترضعها السخالة ونحوها ولا استئجارها ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئاً من عيها

(فصل) ولا تجوز إجارة الفعل للضراب ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر وخرج أبو الخطاب وجهها في جوازها لانه انتفاع مباح والحاجة تدعو اليه فجاز كإجارة الظئر لرضاع والبتئر ليستقي منها الماء ولانها منفعة تستباح بالاعارة فتستباح بالاجارة كسائر المنافع وهذا مذهب الحسن وابن سيرين

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفعل متفق عليه وفي لفظ نهى عن ضراب الجمل ، ولان المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عند الاجارة لاستيفاء عين غائبة فلم يجز كإجارة الغنم لأخذ لبنها

أخذ قيمتها لانها ملكه ولا يتلف بأخذها ماله حرمة فان اتفقا على تعويضه عنها جاز لان الحق لما وإن قال رب الثوب أنا أشد في كل خيط خيطا حتى إذا سلمه عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الاجابة إلى ذلك لانه انتفاع بملكه وحكم الصباغ في قلم الصبغ إن اختاره وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الصباغ على ما يأتي في بابه

قال شيخنا هـ والذي يقرى عندي أن القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم وما قاسوا عليه فيما إذا قال المضارب أذنت لي في البيع نساء فأنكر رب المال ان القول قول المضارب ممنوع (فصل) إذا دفع إلى خياط ثوبا فقال : ان كان يقطع قميصا فاقطعه ، فقال : هو يقطع وقطعه ، فلم يكف ضمنه ، أو قال أنظر هذا يكفيني قميصا ؟ قال نعم ، قال اقطعه فقطعه فلم يكفه ، لم يضمن وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور لا ضمان عليه في المستثنين لانه لو كان غره في الاولى لكان قد غره في الثانية .

ولنا أنه انما أذن له في الاولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه ، وفي الثانية اذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان في الاولى لتعديده بل لعدم الاذن في قطعه لان اذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون اذا في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية .

(فصل) فان أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا

وهذا أولي فان هذا الماء محرم لاقية له فلم يجوز أخذ العوض عنه كالميتة والدم وهو مجهول فأشبهه الابن في الضرع ، فأما من أجاز به فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين أو أكثر وقبل يقع العقد على مدة وهذا بعيد لان من أراد إحراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وان اقتصر على مقداره فربما لا يحصل الفعل فيه ويتعذر أيضا ضبط مقدار الفعل فيتمين التدبير بالفعل الا أن يكثر في خلا لا طراق ماشية كثيرة كفحل بتركه في إبله أو تيس في غنمه فان هذا انما يكثرى مدة معلومة ، والمذهب انه لا يجوز إجارته فان احتاج انسان الى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء وليس للمطرق أخذه ، قال عطاء ، لا يأخذ عليه شيئا ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له ، ولان ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها فجاز كسراه الاسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه ، وإن أطرق انسان فحله بغير اجارة ولا شرط فاهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس به لانه فعل معروفًا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدي هدية

(فصل) [القسم الثاني] ما منعت محرمه كالزنا والزمر والنوح والغناء فلا يجوز الاستئجار لفعله وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحبه وأبو ثور وكره ذلك الشافعي والنخعي لانه محرم فلم يجوز الاستئجار عليه كاجارة أمته الزنا ، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحا ، وقال أبو حنيفة يجوز

ومقطوعا لان هذا قطع غير مأذون فيه فأشبه ما لو قطعه من غير إذن وقبل يغرم ما بين قبض رجل وقبض امرأة لانه مأذون في قبض في الجملة والاول أصح لان المأذون فيه قبض موصوف بصفة فاذا قطع قبضا غيره لم يكن فاعلا لما أذن فيه فكان متعديا بابتداء القطع ولذلك لا يستحق على القطع أجرا ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره

(فصل) إذا دفع إلي حائك غزلا فقال انسج لي عشرة أذرع في عرض ذراع فانسج زائداً على ما قدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة لانه غير مأثور بها وعليه ضمان ما نقص الغزل المنسوج فيها فاما ما عدا الزائد فينظر فيه فان كان جاءه زائداً في الطول وحده ولم ينقص الاصل بزيادة فله ما سعى له من الاجر كما لو استأجره أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين وإن جاء به زائداً في العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان (أحدهما) لا أجر له لانه مخالف لامر المأجر فلم يستحق شيئا كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناء عرض ذراعين (والثاني) له المسمى لانه زاد على ما أمر به فأشبه زيادة الطول ومن قال بالوجه الاول فرق بين الطول والعرض بأنه يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ما أراد ولا يمكن ذلك في العرض فاما ان جاء به ناقصاً في الطول والعرض أو في أحدهما ففيه أيضاً وجهان (أحدهما) لا أجر له وعليه ضمان نقص الغزل لانه مخالف لما أمر به فأشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناء عرض نصف ذراع (والثاني) له بمحضته

ولنا انه انتفاع بمحرم فاشبه ما ذكرنا ، ولا يجوز الاستنجار على كتابة شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك . ولا يجوز الاستنجار على حل الخمر لمن بشر بها ولا على حل خنزير ولا ميتة لذلك وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجوز لان العمل لا يتعين عليه بدليل انه لو حمله مثله جاز ولانه لو قصد إراقة او طرح الميتة جاز

وقد روي عن أحمد فيمن حل خنزيراً أو ميتة أو خراً انصراني أكره أكل كرائه ولكن يقضى للجهل بالكرا . فإذا كان لمسلم فهو أشد . قال القاضي هذا محمول على انه استأجره ليريقها فأما للشرب فمحذور لا يحل أخذ الاجرة عليه وهذا التأويل بعيد لقوله أكره أكل كرائه وإذا كان لمسلم فهو أشد ، ولكن المذهب خلاف هذه الرواية لانه استنجار لفعل محرم فلم يصح كثرنا ولان النبي ﷺ امن حاملاً والمحمولة اليه . وقوله لا يتعين يبطل باستنجار أرض ليتخذها مسجداً ، وأما حمل هذه لاراقتها والميتة لطرحها والاستنجار فكيف فجاز لان ذلك كله مباح وقد استأجر النبي ﷺ أباظبية لحججه ، وقال أحمد في رواية ابن منصور في الرجل يؤجر نفسه لنظارة كرم النصراني يكره ذلك لان الاصل في ذلك راجع الى الخمر

(فصل) ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف ويكره له أكل أجره لان النبي ﷺ قال « كسب المجام خبيث » ونهى الحر عن أكله فهذا أولى ، وقد روي عن ابن عباس أن رجلاً

من المسمى كمن استؤجر على ضرب ابن فضرِب بعضه ويحتمل انه ان جاء به ناقصاً في العرض فلا شيء له وإن كان ناقصاً في الطول فله محصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض وإن جاء به زائداً في أحدهما ناقصاً في الآخر فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه . وقال محمد بن الحسن في الموضين يتخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النسيج ومطابته بضمن غزله وبين أن يأخذه ويدفع اليه المسمى في الزائد ومحصة المنسوج في الناقص لان غرضه لم يلم له لانه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أنف عليه غزله ولنا انه وجد عين ماله فلم يكن له مطالبته بعوض كما لو جاء بازائداً في الطول وحده فأما إن أثرت الزيادة أو النقص في الاصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب صفيقاً فنسجه خمسة عشر فصار خفيفاً أو بالعكس فلا أجر له بحال وعليه ضمان نسج الغزل لانه لم يأت بشيء مما أمر به

(فصل) اذا اختلف المتكاريان في قدر الاجر فقال أجر ثوبها سنة بدينار قال بل بدينارين تخالفا ويبدأ بيمين الآخر نص عليه أحمد وهو قول الشافعي لان الاجارة نوع من البيع فإذا تخالفا قبل مضي شيء من المدة فسحنا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله وان رضي أحدهما بما حالف عليه الآخر أفر العقد وان فسحنا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا في المبيع

حج ثم أتاه فقال أني رجل أكنس فما ترى في مكسبي ؟ قال أي شيء ، تكنس ؟ قال العذرة قال ومنه حججت ومنه تزوجت ؟ قال نعم قال أنت خييث وحجك خييث وماتزوجت خييث أو نحو هذا ذكره سعيد بن منصور في سننه بمعناه ولأن فيه دناءة فكره كالحجامة فاما الاجارة في الجملة فجازة لان الحاجة داعية اليها فلا تندفع بدون إباحة الاجارة فوجب إباحتها كالحجامة

(فصل) ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو يتخذها لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة ، وقال أبو حنيفة ان كان بيتك في السواد فلا بأس أن تؤجره لذلك وخالفه أصحابه واختلف أصحابه في تأويل قوله

ولنا أنه فعل محرم فلم تجز الاجارة عليه كاجارة عبده للفقير ولو أكثرى ذمي من مسلم داره فأراد بيع الخمر فيها فالصاحب الدار منعه ، وبذلك قال الثوري ، وقال أصحاب الرأي ان كان بيته في السواد والجبل فله أن يفعل ما شاء

ولنا أنه فعل محرم جاز الممنع منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة (فصل) القسم الثالث ما يحرم بيعه الا الحر والوقف وأم الولد والمدير فانه يجوز اجارتها وان حرم بيعها وما عدا ذلك فلا تجوز اجارته سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه كالعبد الأبق والجمل الناد والبيعة الشاردة والمفصوب من غير غاصبه أو ممن لا يقدر على انتزاعه منه فانه لا تجوز اجارته

بعد تلفه وهذا قول الشافعي وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل وان كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بيننا وبين أجر مثله ، وقال أبو ثور القول قول المستأجر لانه منكر للزيادة في الاجر والقول قول المنكر

ولنا ان الاجارة نوع من البيع فيتحالفتان عند اختلافهما في عرضها كالبيع وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة ، وقال ابن أبي موسى القول قول المالك لقول النبي ﷺ « إذا اختلفنا المتبايعان فالقول ما قال البائع » وهذا يحتمل أن يتناول ما اذا اختلفا في المدة وأما إذا اختلفا في العوض فالصحيح أنهما يتحالفتان لما ذكرناه

(فصل) فان اختلفا في المدة فقال أجرتكها سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك لانه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره كما لو قال بعثك هذا العبد بمائة فقال بل هذين العبدان بمائتين ، وإن قال أجرتكها سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فانه قد اختلفا في قدر العوض والمدة فيتحالفتان لانه لم يوجد الاتفاق منها على مدة بعوض فصار كما لو اختلفا في العوض مع اتفاق المدة وان قال المالك أجرتكها سنة بدينار فقال الساكن بل استأجرتني على حفظها بدينار فقال اهد القول قول رب الدار الا أن تكون للساكن بيعة وذلك لان سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهي ملك صاحبها والقول قوله في ملكه والاصل عدم استئجاره للساكن في الحظ فكان القول قول من يتيهه ويجب على الساكن أجر المثل

لأنه لا يمكن تسليم المعقود عليه وإن كان مما تجل صفته فإنه لا تجوز إجارته في ظاهر المذهب أو كان ممن لا نفع فيه كسباع البهائم ، أو الطير التي لا تصالح للاصطياد ، ولا تجوز إجارة السكك ولا الخنزير بحال ويتخرج جواز إجارة السكك الذي يباح اقتناؤه لأن فيه نفعاً مباحاً تجوز له إعارته فجازت إجارته له كغيره ، ولا أصحاب الشافعي وجهان كمنين ، ولا تجوز إجارة مالا يقدر على تسليم منفعة سواء جاز بيعه أو لم يجز مثل أن ينصب منفعة بأن يدي إنسان أن هذه الدار في إجارته عاماً ويقلب صاحبها عليها فإنه لا تجوز إجارته في هذا العام إلا من غاصبها أو ممن يقدر على أخذها منه ، قال أصحابنا ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريك معاً ، وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالمقصود وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له على مال شريكه واختار أبو حفص العكبري جواز ذلك ، وقد أومأ إليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفروز ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ولأنه يجوز إذا فعله الشريك معاً فجاز لأحدهما فعله في نصيبه مفرداً كالبيع ، ومن نهر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا أجره الشريك أو أجره لشريكه بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر فأشبه إجارة المقصود من غاصبه دون غيره ، وإن كانت الدار لواحد فأجر نصفها صح لأنه يمكنه تسليمه ثم إن أجر نصفها الآخر للمستأجر الأول صح فإنه يمكنه تسليمه إليه وإن أجره لغيره فبني على المسئلة التي قبلها لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه وإن أجر الدار لثنين لكل واحد منهما نصفها فكذلك لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه

(فصل) فإن اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فالقول قول المستأجر لأنه أمين فاشبه المودع ولأن الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان وإن ادعى أن العبد أبق من يده وإن الدابة شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فالقول قول المستأجر لما ذكرنا ولا أجر عليه إذا حلف أنه ما انتفع بها لأن الأصل عدم الانتفاع وعنه القول قول المؤجر لأن الأصل السلامة فأما إن ادعى أن العبد مرض في يده فإن جاء به صحيحاً فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أو خالفه نص عليه أحمد وإن جاء به مريضاً فالقول قول المستأجر وهذا قول أبي حنيفة لأنه إذا جاء به صحيحاً فقد ادعى ما يخالف الأصل وليس معه دليل عليه وإن جاء به مريضاً فقد وجد ما يخالف الأصل يقيناً فكان القول قوله في مدة المرض لأنه أعلم بذلك لكونه في يده وكذلك لو ادعى إبقائه في حال إبقائه ونقل إسحاق بن منصور عن أحمد أنه يقبل قوله في إباق العبد دون مرضه ، وبه قال الثوري وإسحاق قال أبو بكر وبالأول أقول لأنها سواء في تقويت منفعة فكأنما سواء في دعوى ذلك وإن هلكت العين فاختلغا في وقت هلاكها أو أبق العبد أو مرض واختلغا في وقت ذلك فالقول قول المستأجر لأن الأصل عدم العمل ولأن ذلك حصل في يده وهو أعلم به

(فصل) قال الصنف رحمه الله (ونحب الإجرة بنفس المقدار أن يتفقا على تأخيرها)

حتى أطلق العقد في الإجارة ملك المؤجر الإجرة بنفس المقدار كما يملك البائع الثمن بالبيع

(فصل) وفي إجارة المصحف وجهان . (أحدهما) لا تصح إجارته مبنياً على أنه لا يصح بيعه وعلّة ذلك اجلال كلام الله وكتابه عن المعارضة به وإبتذاله بالثمن في البيع والاجر في الإجارة . و (الثاني) تجوز إجارته وهو مذهب الشافعي لانه انتفاع مباح تجوز الاعارة من أجله فجازت فيه الإجارة كسائر الكتب فأما سائر الكتب الجائز بيعها فتجوز إجارته ، ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارته لانه علل منع إجارة المصحف بانه ليس في ذلك أكثر من النظر اليه ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك بدليل أنه لا يجز أن يستأجر سقفا لينظر الى عمله ونصاويره أو شمعا ليتجمل به ولنا أنه انتفاع مباح يحتاج اليه وتجوز الاعارة له فجوز إجارته كسائر المنافع وفارق النظر الى السقف فانه لا حاجة اليه ولا جرت العادة بالاعارة من أجله وفي مسألتنا يحتاج الى القراءة في الكتب والتحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج اليه

(فصل) ولا تجوز إجارة المسلم لذي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الأثرم فقال إن أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز وإن كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر تجوز لانه تجوز له إجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كإجارته من المسلم ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر وإذلاله له واستخدامه أشبه البيع بحقيقته أن عقد الإجارة للخدمة يضمن فيه حبسه مدة الإجارة واستخدامه والبيع لا يضمن فيه ذلك لذا منع منه فلان

وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يملكها ولا يستحق المطالبة بها الا يوما بيوم الا أن يشترط تعجيلها قال أبو حنيفة الا أن تكون معينة كالثوب والدار والعبد لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) امر بآتيان بعد الرضاع وقال النبي ﷺ « يقول الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل استأجر أجيرأ فاستوفى منه ولم يوفه أجره » فتوعده على الامتناع من دفع الاجر بعد العمل دل على أنها حالة الوجوب وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « أعطوا الاجير أجره قبل ان يجنب عرقه » رواه ابن ماجه ولانه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فان المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسلفها لانه يتسلفها شيئا فشيئا فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد

ولنا أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرنا فأما الآية فيحتمل أنه أراد الايتاء عند الشروع في الارضاع أو تسليم نفسها كقوله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله) أي اذا أردت القراءة ولان هذا تمثيل بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث بحقيقته أن الامر بالايتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن) والصداق يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه أنه انما تواعد على ترك الايتاء بعد الفراغ من العمل وقد

يمنع من الاجارة أولى ، فأما ان أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة كخياطة ثوب وقصارته جاز بغير خلاف له لان عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره وكذلك الانصاري ، ولانه عقد معارضة لا يتضمن اذلال المسلم ولا استخدامه أشبه مبايعته وإن أجر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدة معلومة جاز أيضاً في ظاهر كلام أحمد لقوله في رواية الاثرم وإن كان في عمل شيء جاز

ونقل عنه أحمد بن سعيد : لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي وهذا مطلق في نوعي الاجارة وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد من ذلك وأشار الى مارواه الاثرم واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع والصحيح ما ذكرنا وكلام أحمد أنها يدل على خلاف ما قاله فإنه خص المنع بالاجارة للخدمة وأجاز اجارته للعمل وهذا اجارة للعمل ويفارق البيع فإن فيه اثبات الملك على المسلم ويفارق اجارته للخدمة لتضمنها الاذلال

(فصل) نقل ابراهيم الحاربي عن أحمد أنه سئل عن الرجل يكتري الديك يوقظه لوقت الصلاة لا يجرز وذلك لان ذلك يتف على فعل الديك ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصبح وقد لا يصبح وربما صاح بعد الوقت

(فصل) القسم الرابع القرب التي يختص فاعلها بكونه من أهل القرية يعني أنه يشترط كونه مسلماً

فأتم بحب الاجر شيئاً فثبثاً أو يحتمل أنه توعد على ترك الوفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة جواب آخر أن الآية والاخبار أنا وردت فيمن استؤجر على عمل فأما ان وقعت الاجارة فيه على مدة فلا تعرض لها به (مسئلة) (ولا يجب تسليم اجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه)

اذا استؤجر على عمل فان الاجر يملك بالعقد أيضاً لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل وقال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الاجر عند إيفاء العمل ، وان استؤجر كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه ، وقال أبو الخطاب الاجر يملك بالعقد ويستحق التسليم ويستقر بمضي المدة وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل لانه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن في البيع وفارق الاجارة على الاعيان لان تسليمها أجري مجرى تسليم نفعها ومتى كانت على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الاجر على تسليم العمل وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه فان قيل فان المؤجر اذا قبض الاجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فإنه لا يحصل له استيفاء المنفعة كلها قلنا لا يمنع هذا كما لو شرط التعجيل وكانت الاجرة عيناً فاما ان شرط التأجيل في الاجر فهو على ما شرط وان شرط منجاً يوماً أو شهراً شهراً فهو على ما شرطاه لان إجارة العين كيومها ويومها يصح بثمن حال ومؤجل كذلك لإجارتها ، وفيه وجه آخر ان الاجارة على المنفعة في الذمة لا يجوز تأجيل عوضها كالتسليم

كلاماً والاذان والحج وتعليم القرآن نص عليه أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة
والزهري وكره الزهري واسحاق تعليم القرآن بأجر

وقال عبد الله بن شقيق هذه الرغبة التي يأخذها المعلمون من السحت ، ومن كره أجره التعليم
مع الشرط الحسن وابن سيرين وطاوس والشعبي والنخعي . وعن أحمد رواية أخرى يجرز ذلك
حكمها أبو الخطاب

ونقل أبو طالب عن أحمد انه قال التعليم أحب إلي من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ومن أن
يتوكل لرجل من عامة الناس في ضيعة ومن أن يستدين ويتجر له لا يقدر على الوفاء فيلتقي الله تعالى
بامانات الناس ، التعليم أحب إلي ، وهذا يدل على أن منعه منه في موضع منعه لا كراهة لا للتحريم
ومن أجاز ذلك مالك والشافعي ورخص في أجور المعلمين أبو نؤلة وأبو ثور وابن المذرلان
رسول الله ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن منفق عليه وإذا جاز تعليم القرآن عوضاً في باب
النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الاجرة عليه في الاجارة وقد قل رسول الله ﷺ « أحق ما أخذتم عليه
أجر آ كتاب الله » حديث صحيح ، وثبت أن أبا سعيد رضى رجلاً بفاتحة الكتاب على جعل فبراً
وأخذ أصحابه الجعل فأتوا به رسول الله ﷺ فأخبروه وسألوه فقال « لعمرى إن أكل برقية باطل
لقد أكلت برقية حق كالأوا واضربوا لي بعكم بسهم » وإذا جاز أخذ الجعل جاز أخذ الاجر لانه في

(فصل) إذا استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر لانه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البذل
كما لو قبض المبيع وان تسلم العين المستأجرة ومضت المدة لا مانع له من الانتفاع استقرت الاجرة
أيضاً وان لم ينتقم لان المعقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كضمن المبيع إذا
تلف في يد البائع فان كانت الاجارة على عمل فسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها
مثل أن يكتري دابة ليركبها الى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا يستقر عليه
الاجر وهو مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين
في يد المشتري وكما لو كانت الاجارة على مدة فصنت وقال أبو حنيفة لا يستقر الاجر عليه حتى يستوفى المنفعة
لانه عقد على المنفعة غير مؤقتة بزمان فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالاجر في الاجير المشترك وان بذل
تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه لان المنافع تلفت باختياره في مدة
الاجارة فاستقر عليه الاجر كما لو كانت في يده وان بذل تسليم العين وكانت الاجارة على عمل فقال
أصحابنا اذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الاجر وهذا قال الشافعي لان المنافع تلفت باختياره
وقال أبو حنيفة لا أجر عليه قال شيخنا وهو الصحيح عندي لانه عقد على ما في الذمة فلم يستقر
عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه ولانه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمان فلم يستقر عوضها بالبذل كالصداق
اذا بذلت تسلم نفسها وأمتنع الزوج من أخذها

معناه ولانه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الاجر عليه كبناء المساجد والقناطر ولان الحاجة تدعو الى ذلك فانه يحتاج الى الاستئابة في الحج وعن وجب عليه الحج وعجز عن نعماء ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج الى بذل الاجر فيه ، ووجه الرواية الاولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال ان آخر ما عهد الي النبي ﷺ أن اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجراً ، قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى عبادة بن الصامت قال علمت ناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة فاهدي إلي رجل منهم قوساً ، قال قلت قوس وليست بمال قال قلت أتقلدها في سبيل الله فذكرت ذلك للنبي ﷺ وقص عليه القصة ، قال « إن سرك أن يقلدك الله قوساً من نار فاقبلها » وعن أبي بن كعب انه علم رجلاً سورة من القرآن فاهدى اليه خميسة أو ثوباً فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال « لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار » وعن أبي قال كنت أختلف إلى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته أقرء القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له هلمي بطعام أخي فبؤتي بطعام لا آكل مثله بالمدينة فخاك في نفسي منه شيء فذكرته للنبي ﷺ فقال « ان كان ذلك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه وإن كان يتحنك به فلا تأكله » وعن عبد الرحمن بن شبيب الانصاري قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « أقرؤ القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفروا عنه ولا تأكلوا به ولا تشكروا به » روى هذه الاحاديث كلها الاثرم في سننه ، ولان من شرط صحة هذه الافعال كونها قرينة إلى الله تعالى فلم يجوز أخذ الاجر عليها ، كما لو استأجر قوماً يصلون خلفه الجمعة أو التراويح ، فالأخذ على الرقية فان أحمد اختار جوازه وقال لا بأس ، وذكر حديث أبي سعيد والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ

(مسألة) (وإذا انقضت الاجارة وفي الارض غراس أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضاء الاجل فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالاجرة أو قلعه وضمان نقضه وان اشترط القلع لزمه ذلك ولا يلزمه تسوية الارض إلا بشرط)

إذا استأجر أرضاً للغراس أو للبناء سنة صح لانه يمكنه تسليم منقضاها بالمباحة المنقوضة فاشبهت سائر المنافع وسواء شرط قلع الغراس والبناء عند انقضاء المدة أو أطلق وله أن يفرس قبل انقضاء المدة فاذا انقضت لم يكن له أن يفرس ولا أن يبني لزوال عقده فاذا انقضت السنة وكان قد شرط القطع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه وليس ذلي صاحب الارض غرامة نقضه ولا على المستأجر تسوية الحفر واصلاح الارض لانها دخلا على هذا لرضاها بالبيع واشتراطها عليه وان اتفقا على إبقائه بأجرة أو غيرها جاز اذا شرطاً مدة معلومة وكذلك لو اكترى الارض سنة بعد سنة كلاً انقضت عقد جدد آخر ، وان أطلق العقد فله مكترى القلع لانه ملكه فله أخذه كطعامه في الدار التي باعها واذا قلع فعليه تسوية الحفر لانه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه وهكذا ان قلعه قبل انقضاء المدة هاهنا وفي التي قبلها لان القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ولانه تصرف في

الاجر عليها والجمالة أوسع من الاجارة ، ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة ، وقوله عليه السلام « وأحق ما أخذتم عليه أجر آ كتاب الله » يعني به الجعل أيضا في الرقية ، لأنه ذكر ذلك أيضا في سياق خبر الرقية وأما جمل التعليم صدقافيه اختلاف وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صدق إنما قال « وزوجتكها على ما معك من القرآن » فيحتمل انه زوج ، إياها بغير صدق اكراماله كما زوج أباطلحة أم سليم على إسلامه ، وتقل عن جوازه ، والفرق بين المهر والاجر ان المهر ليس بموضع محض وإنما واجب فحالة ومصلحة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته تصريح مع فساده بخلاف الاجر في غيره فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الامور لان بيت المال لمصالح المسلمين فإذا كان بذله لمن يتعدى نفعه الى المسلمين محتاجا اليه كان من المصالح وكان للاخذ له أخذه ، لأنه من أهله وجري مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الاجر (فصل) فان أعطى الملم شيئا من غير شرط فظاهر كلام احمد جوازه ، قال فيما نقل عنه أيوب ابن سافري لا بطلب ولا بشارط فان أعطى شيئا أخذه ، وقال في رواية أحمد بن سعيد : أكره أجر الملم إذا شرط ، وقال إذا كان الملم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئا إن أتاه شيء قبله كأنه يراه أهون ، وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخبيصة اللتين أعطيهما أبي وعيادة من غير شرط ، ولان ذلك قرينة فلم يجوز أخذ العوض عنها لا بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام ووجه الاول قول النبي ﷺ « ما أذك من هذا المال من غير مسئلة ولا اثراف نفس فخذوه وتموله فانه رزق ساقه اهل البيت » وقد أرخص النبي ﷺ لأنبي في أكل طعام الذي كان يعمله إذا كان طاماه وطعام أهله ، ولأنه إذا كان بغير شرط كان هبة بمجردة فجاز كما لو لم يعلم شيئا ، فأما حديث القوس

الارض تصرفا نقصها لم يقتضه عقد الاجارة وان أبي القلع لم يجبر عليه الا أن يضمن له المالك النقص فيخير حينئذ وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك عليه القلع من غير ضمان النقص له لان تقدير المدة في الاجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » مفهومه ان غير الظالم له حق وهذا غير ظالم ولأنه غرس باذن المالك ولم بشرط قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضا للغرس مدة فرجع قبل انقضائها وبخالف الزرع فإنه لا يقتضي التأيد فان قيل فان كان اطلاق العقد في الغراس يقتضي التأيد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد فينبغي أن يفسده قلنا إنما اقتضى التأيد من حيث أن العادة في الغراس التبقية فإذا أطلقه حمل على العادة وإذا شرط خلافه جاز كما إذا باع بغير تندد البلد أو شرط في الاجارة سيرا يخالف العادة اذا ثبت هذا فان رب الارض يخير بين ثلاثة أشياء (أحدها) أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه لان الضرر يزول عنها به أشبه الشفيع في غراس المشتري (الثاني) أن يقلع الغراس والبناء ويضمن أرض نقصه لذلك (الثالث) أن يقر الغراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل ، وبهذا قال الشافعي لان الضرر يزول عنها بذلك وقال

والخبيصة قضيتان في عين فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنها فلا ذلك لله خالصاً فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ويحتمل غير ذلك، وإن أعطي الماعلم أجراً على تعليم الصبي الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال إن كان المعطي ينوي أن يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو إذا كان كذا ولأن هذا مما يجوز أخذ الاجر عليه مفرداً فجز مع غيره كما مر ما يجوز الاستئجار عليه، وهكذا لو كان إمام المسجد فيها لا يسرج قناديله ويكنسه ويفلق بابه ويفتحه فأخذ أجراً على خدمته أو كان النائب في الحج بخدم المستنيب له في طريق الحج ويشد له ويرفع حماله وبحج من أيه فدفع له أجر خدمته لم يمتنع ذلك إن شاء الله تعالى (فصل) ومالا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية كتعليم الخط والحساب والشعر المباح وأشباهه وبناء المداجد والقناطر جاز أخذ لاجر عليه لأن يقع نارة قرية ونارة غير قرية فلم يمنع من الاستئجار لفعله كفر من الأشجار وبناء البيوت، وكذلك في تعليم الفقه والحديث وأما مالا يتهدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وحللة الإنسان نفسه، وحججه عن نفسه وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الاجر عليها بغير خلاف لأن الاجر عرض لا انتفاع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبهه اجارة الاعيان التي لا نفع فيها

(فصل) إذا اختلفنا في قدر الاجر فقال أجر تنهيا سنة بدينار قال بل بدينارين فحالفا ويبدأ بيمين الآجر نص عليه أحمد وهو قول الشافعي لأن الاجارة نوع من البيع فإذا حالفا قبل مغني شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ورجب أجر المثل كما لو اختلفنا في المبيع

مالك يتخير بين دفع قيمته فيملكه وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شريكين والاول أصح فإن انتفقا على بيع الغرس والبناء للمالك جاز وإن باعها صاحبها لغير مالك الأرض جاز ومشتريهما يقوم مقام البائع فيها وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين: ليس له بيعها لغير مالك الأرض لأن ملكه ضئيف بدليل أن لصاحب الأرض تملكه ثابته بالقيمة بغير رضا ولنا أنه ملك له يجوز بيعه للمالك الأرض فجاز لغيره كالشقص المشفوع وبهذا يبطل ما ذكره فإن للشفيع تملك الشقص بغير رضا المشتري ويجوز بيعه لغيره

(فصل) فإن شرط في العقد ببقية الغراس فذكر القاضي أنه صحيح وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء وهو قول أصحاب الشافعي، ويحتمل أن يبطل انعقد لأنه شرط ماينافي مقتضى العقد فلم يصح كذا لو شرط ذلك في الزرع الذي لا يكل قبل انقضاء المدة ولأن الشرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط ببقية الزرع بعد مدة الاجارة

﴿مسئلة﴾ (وإن كان فيها زرع بقاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالاجرة وإن كان بغير تفريط لزم تركه بالاجرة)

بعد تلفه وهذا قول الشافعي وبه قال أبو حنيفة ان لم يكن عمل العمل ، وان كان عمله فالتقول قول المستأجر فيها بينه وبين أجر مثله وقال ابو ثور القول قول المستأجر لانه منكر لازيادة في الاجر والقول قول المنكر ولنا أن الاجارة نوع من البيع فيتعالفان عند اختلافهما في موضعها كالباع وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة ، وقول ابن أبي موسى القول قول المالك لقول النبي ﷺ اذا اختلف المتبايعان فالتقول قول البائع ، وهذا يحتمل أن يريد به اذا اختلفا في المدة وأما اذا اختلفا في العرض فالصحيح أنهما يتعالفان لما ذكرناه

(فصل) وان اختلفا في المدة فقال أجرتكها سنة بدينار قال بل سنتين بدينارين فالتقول قول المالك لانه منكر لازيادة فكان القول قوله فيها انكره كما لو قال بمالك هذا العبد بائة قال بل هذين العبدان وان قال أجرتكها سنة بدينار قال بل سنتين بدينارين فهنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة جميعا فيتعالفان لانه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفا في العوض مع اتفاق المدة وان قال المالك أجرتكها سنة بدينار ، فقال الساكن بل استأجرتني على حفظها بدينار فقال أحمد القول قول رب الدار الا ان تكون الساكن بينة ، وذلك لان سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهي ملك صاحبها ، والقول قوله في ملكه والاصل عدم استئجار الساكن في الحفظ فكان القول قول من بنفذه

(فصل) وان اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فالتقول قول المستأجر لانه مؤتمن عليها فاشبه المودع ولان الاصل عدم العدوان والبراءة من الضمان . وان ادعى أن العبد أبق من يده وان الدابة

اذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون لتفريط المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكامله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الناصب ، بخير المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بالاجرة لما زاد على المدة لانه أبقى زرعاً في أرض غيره بعدوانه وان اختار المستأجر قطع زرعه في الحال وتفرغ الأرض فله ذلك لانه يزيل الضرر ويسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاه العقد ، وذكر الفاضل أن على المستأجر نقل الزرع وتفرغ الأرض وان اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الغاصب وقياس المذهب ما ذكرناه

(الحال الثاني) أن يكون بقاءه بغير تفريطه مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فأبطأ لبرد أو غيره فيلزم المؤجر تركه بالاجرة الى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي (والوجه الثاني) يلزمه نقله لان المدة ضربت لنقل الزرع فلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط لانه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل

ولنا ان الزرع حصل في أرض غيره باذنه من غير تفريط فله تركه كما لو أعاره أرضاً فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع وقولهم إنه مفطر لا يصح لان هذه المدة التي جرت العادة بكامل الزرع فيها

شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فعن أحد روايتان [أحدهما] أن القول قول المستاجر لما ذكرنا ولا أجر عليه إذ حلف أنه ما انتم بها لأن الأصل عدم الانتفاع [والثانية] القول قول المؤجر لأن الأصل السلامة، فاما ان ادعى أن العبد مرض في يده نظرنا فإن جاء به صحيحا فالقول قول المالك سواء واقفه العبد أو خالفه نص عليه أحمد وإن جاء به مريضا فالقول قول المستاجر وهذا قول أبي حنيفة لأنه إذا جاء به صحيحا فقد ادعى ما يخالف الأصل وليس معه دليل عليه وإن جاء به مريضا فقد وجد ما يخالف الأصل يقينا فكان القول قوله في مدة المرض لأنه أعلم بذلك لكونه في يده وكذلك إن ادعى إبقائه في حال إبقائه أو جاء به غير آبق

وتقل اسحاق بن منصور عن أحمد أنه يقبل قوله في إبقاء العبد دون مرضه وبه قال الثوري واسحاق ، قال أبو بكر وبالأول أقول لأنها سواء في تفويت منفعتها فكأننا سواء في دعوي ذلك ، وإن هلك العين فاختلنا في وقت هلاكها أو أبق العبد أو مرض فاختلنا في وقت ذلك فالقول قول المستاجر لأن الأصل عدم العمل ولأن ذلك حصل في يده وهو أعلم به

(فصل) إذا دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض باجر مثل أن يقول خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك إنما تعمل باجر وكان الخياط والقصار متعصبين لذلك ففعلا ذلك فلها الاجر ، وقال أصحاب الشافعي لا أجر لهما لأنها فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما

وفي زيادة المدة تقويت زيادة الأجر بغير فائدة وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطا ومتى أراد المستاجر زرع شيء لا يدرك مثله في مدة الاجارة فللمالك منعه لأنه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق ، فإن زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة لأنه في أرض يملك نفعا ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال إذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها الى المؤجر فارغة

(فصل) إذا اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل أن اكترى خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في ستة نظرنا فإن شرط تفريضا عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لأنه لا يفضي الى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لأخذه إياه قصيلا أو غيره ويلزمه ما ألزم ، وإن أطلق العقد ولم يشترط شيئا احتمل أن يصح لأن الانتفاع في هذه المدة ممكن واحتمل أنه أمكن أن ينتفع بالأرض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط ودونه مثل أن يزرعها شميرا يأخذه قصيلا صح لأن الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن وإن لم يكن كذلك لم يصح لأنه اكترى للزرع مالا ينتفع بالزرع فيه فأشبهه إجارة السبخة له ، فإن قلنا يصح فإذا انقضت المدة فقيه وجهان : أحدهما حكمه حكم زرع المستاجر لما لا تكمل مدته لأنه ههنا مفروط واحتمل أن يلزم المكري تركه لأن التفريط منه حيث أكره مدة لزرع لا يكمل فيها ، وإن شرط تيقنه حتى يكمل فالعقد فاسد لأنه جمع بين متضادين فإن تقدير المدة

فأشبهه بالو قهر عا عمله . ولنا أن العرف الجازي بذلك يقوم مقام القول فصار كنفذ البلد وكما لو دخل
 حائما أو جلس في سفينة مع ملاح ولان شاهد الحال بقضيه فصار كالتعريض ، فاما ان لم يكونا متصيين
 لذلك لم يستحقا أجراً الا بعقد أو شرط الموض أو تعريض به لانه لم يجر عرف يقوم مقام العقد فصار كما لو
 تبرع به أو عمله بغير إذن مالكة ولو دفع ثوبا الى رجل ليبيعها للحكم فيه كالحكم في القصار والحياط : ان كان
 متصيا ببيع الناس باجر فله أجر مثله ، نص عليه أحمد وان لم يكن كذلك فلا شيء له لما تقدم ، ومنى دفع ثوبه الى
 أحدهما ولا . ولم يقطع على أجر فله أجر المثل لان الثياب تختلف أجرها ولم يبين شيئا فجرى مجرى الاجارة
 الفاسدة فان تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لان ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن
 في فاسده وان تلف من فعله بتخريقه أو دقه ضمنه لانه إذا ضمنه بذلك في العقد الصحيح في الفاسد
 أولى ، وقال أحمد فيمن دفع ثوبا الى قصار ليقصه ولم يقطع له أجرا بل قال أنا أعطيك كما تعطى وهلك
 الثوب فان كان يخرق أو يحرق مما لا تجب عليه فلا ضمان عليه بين الكرا . أو لم يبين والعلة في ذلك ما ذكرناه
 (فصل) اذا استأجر رجلا ليعمل له كتابا الى مكة أو غيرها الى صاحب له فجماعه فوجد صاحبه
 غائبا فرده امتحق الاجر بحمله في الذهاب والرد لانه حمله في الذهاب باذن صاحبه صريحا وفي الرد
 تضمننا لان تقدير كلامه وإن لم يجد صاحبه فرده إذ ليس سوى رده الا نضيجه فقد علم أنه لا يرضي
 نضيجه فتعين رده والله أعلم

يقتضي النقل فيها وشرط التبقية بخالفه ولان مدة التبقية مجهولة فان زرع لم يطالب بنقله كاتي تقدمت
 ﴿مسئلة﴾ (وإذا تسلم العين بالاجارة الفاسدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم يسكن)
 اذا قبض العين في الاجارة الفاسدة ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن ففيه
 روايتان : إحداهما عليه أجرة المثل لمدة بقائها في يده وهذا مذهب الشافعي لان المنافع تلفت تحت يده
 بعوض لم يسلم له فرجع الى قيمتها كما لو استوفها (والثانية) لا شيء له وهو قول أبي حنيفة لانه عقد
 فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضه كالتسليم الفاسد . فأما إن بذل له التسليم في الاجارة الفاسدة
 فلم يتسلمها فلا أجر عليه لان المنافع لم تلفت تحت يده ولا في ملكه ، وإن استوفى المنفعة في العقد
 الفاسد فعليه أحر المثل وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب أقل الامر من المسمى أو أجر
 المثل بناء منه على ان المنافع لا تضمن إلا بالعقد . ولنا ان ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه
 بجميع القيمة في الفاسد كالأعيان وما ذكره غير مسلم

﴿مسئلة﴾ (اذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنائير ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم)
 لان العقد اذا انفسخ رجع كل واحد من المتعاقدين في العوض الذي بذله وعوض العقد هو الدراهم
 فكان الرجوع بها والدنائير انما أخذها المؤجر بعقد آخر سوى الاجارة ولم ينفسخ فأشبه ما إذا قبض
 الدراهم ثم صرفها بالدنائير .

كتاب إحياء الموات

الموات هو الارض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتا ومواتانا بفتح الميم والواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني أعمى القلب لا يفهم والاصل في إحياء الارض ماروى جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرض ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال « من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى مالك في موطنه وأبو داود في سننه عن عائشة مثله قال ابن عبد البر وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم ، وروى أبو عبيد في الاموال عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرضا ليست لاحد فهو أحق بها » قال عروة قضى بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته وعامة فقهاء الامصار على أن الموات يملك بالاحياء وان اختلفوا في شروطه

(مسألة) قال أبو القاسم (ومن أحيا أرضا لم تملك فهي له)

وجله أن الموات قسمان (أحدهما) ما لم يجر عليه ملك لاحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء والاخبار التي روينها متناولة له (القسم الثاني)

باب إحياء الموات

وهي الارض الدائرة التي لا يعلم أنها ملكة والموات الارض الدارسة تسمى ميتة ومواتا ومواتانا بفتح الميم والواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني أعمى القلب لا يفهم والاصل في إحياء الموات ماروي جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرضا ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال « من أحيا أرضا ميتة فهي له » قال الترمذي هذا حديث حسن وروى مالك في موطنه وأبو داود في سننه عن عائشة مثله قال ابن عبد البر وهو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم وروى أبو عبيد في الاموال عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرضا ليست لاحد فهو أحق بها » قال عروة وقضى بذلك عمر بن الخطاب في خلافته وعامة فقهاء الامصار على أن الموات يملك بالاحياء وان اختلفوا في شروطه

(مسألة) (فان كان فيها آثار الملك ولا يعلم لما ملك فيه روايتان)

وجله ذلك أن الموات قسمان (أحدهما) ما لم يجر عليه ملك لاحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالاحياء بغير خلاف بين القائلين بالاحياء لان الاخبار المروية متناولة له (القسم الثاني) ما جرى

ما جرى عليه ملك مالك وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ماله مالك معين وهو ضربان (أحدهما) ما ملك بشراء أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء. بغير خلاف، وقال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز أحياءه لاحد غير أربابه الثاني ما ملك بالاحياء، ثم ترك حتى دثر وعاد موأنا فهو كالذي قبله سواء، وقال مالك يملك هذا لعموم قوله «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له» ولأن أصل هذه الارض مباح فاذا تركت حتى تصير موأنا عادت الى الإباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه

ولنا أن هذه أرض يعرف مالكم فلم يملك بالاحياء كالتى ملكت بشراء أو عطية والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الاخرى «من أحيأ أرضاً ميتة ليست لاحد» وقوله «من غير حق مسلم» وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه، وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام «ليس لعرق ظالم حق» الظالم أن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها ذكوه سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية فتبطل عليه محل النزاع ولأن سائر الاموال لا يزول الملك عنها بالتترك بدليل سائر الاملاك اذا تركت حتى تشعث وما ذكروه يبطل بالموات اذا أحيأه انسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد موأنا وبالأنطة اذا ملكها ثم ضاعت منه وبخالف ماء النهر فانه استهلك (النوع الثاني) ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذا يملك بالاحياء لان ذلك الملك لحرمة له وقد روي عن طاوس عن النبي ﷺ أن قال «عادي الارض

عليه ملك وهو ثلاثة أنواع (أحدهما) ماله مالك معين وهو ضربان (أحدهما) ما ملك بشراء أو عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف قال ابن عبد البر أجمع العلماء أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز أحياءه لاحد غير أربابه (الثاني) ما ملك بالاحياء، ثم ترك حتى دثر وعاد موأنا فهو كالذي قبله سواء، وقال مالك يملك لعموم قوله «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له» ولأن أصل هذه الارض مباح فاذا تركت حتى تصير موأنا عادت الى الإباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه

ولنا أن هذه أرض يعرف مالكم فلم يملك بالاحياء كالتى ملكت بشراء أو عطية والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الاخرى «من أحيأ أرضاً ميتة ليست لاحد» وقوله «من غير حق مسلم» وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام «ليس لعرق ظالم حق» الظالم أن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها رواه سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية فتبطل عليه محل النزاع ولأن سائر الاموال لا يزول الملك عنها بالتترك بدليل سائر الاملاك اذا تركت حتى تشعث وما ذكروه يبطل بالموات اذا أحيأه انسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد موأنا وبالأنطة اذا ملكها ثم ضاعت منه وبخالف ماء النهر فانه استهلك (النوع الثاني) ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذا يملك بالاحياء في أظهر الروايتين لما ذكرنا من الاحاديث ولأن ذلك الملك لحرمة له لما روي طاوس عن

ﷺ ولرسوله ثم هو بعد لكم « رواه سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الاموال وقال عادي الارض التي كان بها ساكن في آباد الدهر فاقترضوا فلم يبق منهم أنيس وإنما نسبها الى عاد لانهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وأثار كثيرة فنسب كل أثر قديم اليهم ، ويحتمل أن كلما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لانه يحتمل ان المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفاً بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه

(النوع الثالث) ماجرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الحرقي أنها لا تملك بالاحياء ، وهو أحد الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحارث ويوسف بن موسى لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أحيأ أرضاً مواتاً في غير حق مسلم فهي له » فتقيد بكونه في غير حق مسلم ، ولان هذه الارض لها مالك فلم يجز إحيائها كما لو كان معيناً فان ملكها إن كان له ورثة فهي لهم وان لم يكن له ورثة ورثتها المسلمون (والرواية الثانية) أنها تملك بالاحياء نقلها صالح وغيره وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لعوموم الاخبار ولأنها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت مالم يجر عليه ملك مالك ، ولأنها ان كانت في دار الاسلام فهي كالقطة دار الاسلام وان كانت في دار الكفر فهي كالركاز (فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الاسلام لعوموم الاخبار ، ولان عامر دار

النبي ﷺ أنه قال « عادي الارض ﷺ ولرسوله ثم هي لكم بعد » رواه سعيد في سننه وأبو عبيد في الاموال وقال عادي الارض التي كان بها ساكن في آباد الدهر فاقترضوا فلم يبق منهم أنيس وإنما نسبها الى عاد لانهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وأثار كثيرة فنسب كل أثر قديم اليهم والرواية الثانية لا تملك لأنها إما لمسلم أو ذمي أو بيت المال أشبه مالو معين ماله ملكه قال شيخنا ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الاسلام أنه لا يملك لانه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفاً بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه (النوع الثالث) ماجرى عليه الملك في الاسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الحرقي أنه لا يملك بالاحياء ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد نقلها عنه أبو داود وأبو الحارث لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أحيأ أرضاً مواتاً في غير حق مسلم فهي له » فتقيد بكونه في غير حق مسلم ولان هذه الارض لها مالك فلم يجز إحيائها كما لو كان معيناً فان ملكها ان كان له ورثة فهي لهم وان لم يكن له ورثة ورثتها المسلمون (والثانية) أنها تملك بالاحياء نقلها صالح وغيره وهي مذهب أبي حنيفة ومالك لعوموم الاخبار ولأنها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت مالم يجر عليه ملك مالك ولأنها ان كانت في دار الاسلام فهي كالقطة دار الاسلام وان كانت في دار الكفر فهي كالركاز (مسألة) (ومن أحيأ أرضاً مينة فهي له الاخبار التي روينها مسلم كان أو كافراً في دار الاسلام وغيرها)

الحرب انما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم ، فاما ما عرف انه كان مملوكا ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين ، فان قيل فهذا ملك كافر غير محترم فأشبهه ديار عاد وقد دل عليه قوله عليه السلام « عادي الارض لله ورسوله » ولان الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى قلنا قوله « عادي الارض » يعني ما قدم ملكه ومضت عليه الازمان وما كان كذلك فلا حكم للملكه فاما ما قرب ملكه فيحتمل أن له ما كباقيها وان لم يتعين فلماذا لا يملك على أحد الروايتين وأما الركاز فانه ينقل ويحول وهذا بخلاف الارض بدليل أن لقطة دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الارض

(فصل) ولا فرق بين السلم والذمي في الاحياء نص عليه أحمد وبه قول مالك وأبو حنيفة ، وقال مالك لا يملك الذمي بالاحياء في دار الاسلام قل القاضي وهو مذهب جماعة من أصحابنا لقول النبي ﷺ « موتان الارض لله ورسوله ثم هي لكم مني » فجمع الموتان وجعله للمسلمين ولان موتان الدار من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك

ولنا عموم قول النبي « من احيا أرضا ميتة فهي له » ولان هذه جهة من جهات التملك فاشترك فيها السلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لا نعرفه انما نعرف قوله « عادي الارض لله ورسوله ثم هو لكم بعد » ومن احيا مواتا من الارض لله رقبته « هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل رواه طاوس عن النبي ﷺ ثم لا يمتنع أن يريد بقوله « هي لكم » أي لاهل دار الاسلام والذمي من أهل الدار تجري

لعموم الاخبار ولان عامر دار الحرب انما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم فاما ما عرف انه كان مملوكا في دار الحرب ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين فان قيل هذا ملك كافر غير محترم فأشبهه ديار عاد وقد دل عليه عليه السلام « عادي الارض لله ورسوله ثم هي لكم بعد » ولان الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى قلنا قوله « عادي الارض » يعني ما تقدم ملكه ومضت عليه الازمان وما كان كذلك فلا حكم للملكه فاما ما قرب ملكه فيحتمل أن له ما كباقيها وان لم يتعين فلماذا قلنا لا يملك على احدى الروايتين وأما الركاز فانه ينقل ويحول وهذا يخالف الارض بدليل أن لقطة دار الاسلام تملك بعد التعريف بخلاف الارض

(فصل) ولا فرق بين السلم والذمي في الاحياء نص عليه أحمد وبه قول مالك وأبو حنيفة وقال مالك لا يملك الذمي بالاحياء في دار الاسلام قل القاضي وهذا مذهب جماعة من أصحابنا لقول رسول الله ﷺ « موتان الارض لله ورسوله ثم هي لكم مني » فجمع المرتان ثم جعله للمسلمين ولان موتان الارض من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك

ولنا عموم قوله عليه السلام « من احيا أرضا ميتة فهي له » ولان هذه جهة من جهات التملك فاشترك فيها السلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لا نعرفه انما نعرف قوله « عادي الارض لله ورسوله ثم هي لكم بعد » ومن احيا مواتا من الارض لله رقبته « هكذا روي سعيد بن منصور وهو مرسل ورواه طاوس

عليه أحكامها وقولهم أنها من حقوق الاسلام قلنا وهو من أهل الدار فيتملكها كما يملكها بالشراء ،
وبملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيد والركاز والمعدن واللاطئة وهي من مرافق دار الاسلام
(فصل ١ وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه وسبيل مائه ومطرح قناته وملقى تراه
والآلة فلا يجوز احياءه بغير خلاف في المذهب وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كغنائها ودرعي
ماشيتها ومخطبها وطرقها ومسبل مائها لا يملك بالاحياء ولا تعلم فيه أيضا خلافا بين أهل العلم ، وكذلك
حريم البئر والنهر والعين وكل مملوك لا يجوز احياء ما تعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « من أحيأ أرضا
بيتة في غير حق مسلم فهي له » مفهومه ان ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء ، ولأنه تابع للمملوك ،
ولو جرزنا احياءه لبطل الملك في العامر على أهله ، وذكر القاضي ان هذه المرافق لا يملكها المجبي
بالاحياء لكن هو أحق بها من غيره لان الاحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها ، وقال الشافعي :
يملك بذلك وهو ذمار قول الحرق في حريم البئر لانه مكان استحقته بالاحياء فملكه كالمجبي ، ولان
معنى الملك موجود فيه لانه يدخل مع الدار في البيع ويختص به صاحبها ، فاما ما قرب من العامر ولم
يتعلق بمصالحه ففيه روايتان (احدهما) يجوز احياءه ، قال أحمد في رواية أبي الصقر في رجل ابن احياء اقطعتين
من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها فليس لها منعه ، وقال في جبانة بين قريتين : من أحياما
فهي له ، وهذا مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضا بيتة فهي له » ولان النبي

عن النبي ﷺ ثم لا يمتنع أن يريد بقوله « هي لكم » أي لاهل دار الاسلام والقي من أهل الدار
تجري عليه أحكامها وقولهم إنها من حقوق دار الاسلام قلنا هو من أهل الدار فيتملكها كما يملكها
بالشراء ولأنه يملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيد والركاز والمعدن واللاطئة وهي من مرافق
دار الاسلام فكذلك الموات

(مسألة) (ويملكه باذن الامام وغير اذنه)

وجلة ذلك أن احياء الموات لا يقتصر إلى اذن الامام وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال
أبو حنيفة يقتصر إلى اذنه لان للامام دخلا في النظر في ذلك بدليل من تحجر مواته فلم يحية فانه بطالبه
بالاحياء أو الترك فافتقر إلى اذنه كمال بيت المال

ولما عمم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضا ميتة فهي له » ولان هذه من مباحة فلا يقتصر تملكها
إلى اذن الامام كأخذ الحشيش والحطب ونظر الامام في ذلك لا يدل على اعتبار اذنه ألا ترى أن من
وقف في مشرعة طالبه الامام أن يأخذ حاجته وينصرف ولم يقتصر ذلك إلى اذنه وأما مال بيت المال
فهو مملوك للمسلمين والامام تعيين مصارفه وترتيبها فافتقر إلى اذنه بخلاف مسئلتنا فان هذا مباح فن
سبق اليه كان أحق الناس به كسائر المباحات

(مسألة) (الا ما أحياه مسلم من أرض الكفار التي صولحوا عليها)

صلى الله عليه وسلم أنطاع بلال بن الخارث المزني العتيق وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة ، ولأنه موات لم يتعلق به مصاحبة العامر فجاز أحياءه كالبعيد (والرواية الثانية) لا يجوز أحياءه ، وبه قال أبو حنيفة والقيث لأنه في مظنة تعلق المصلحة به فإنه يحتمل أن يحتاج إلى فتح باب في حائطه إلى فناءه ويحمله طريقاً أو يخرب حائطه فيضع آلات البناء في فناءه وغير ذلك ولم يجز تغريب ذلك عليه بخلاف البعيد إذا ثبت هذا فإنه لا حدّ يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف ، وقال القيث : حده غلوة وهي خمس خمس الفرسخ . وقال أبو حنيفة : حد البعيد هو الذي إذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر إليه

ولنا أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع لذلك تحديد فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف كالتبض والاحراز . وقول من حدد هذا التحكم بغير دليل وليس ذلك أولى من تحديده بشي . آخر كبل ونصف ميل ونحو ذلك ، وهذا التحديد الذي ذكرناه — والله أعلم — يختص بما قرب من المصر أو القرية ولا يجوز أن يكون حداً لكل ما قرب من عامر لأنه يفضي إلى أن من أحيا أرضاً في موات حرم أحياء شي . من ذلك الموات على غيره ما لم يخرج عن ذلك الحد (فصل) وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء المفتوح غزوة كأرض الشام والعراق وما أسلم أهلها عليه

وجملة ذلك أن جميع البلاد فيما ذكرناه سواء المفتوح غزوة كأرض الشام والعراق وما أسلم أهلها عليه كالمدينة ، وما صولح أهلها على أن الأرض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذي صولح أهلها على أن الأرض لهم ولنا الخراج عنها فإن أصحابنا قالوا لو دخل إليها أسلم فأحيائها مواتاً لم يملكه لأنهم صولحوا في بلادهم فلا يجوز التعرض لشيء منها عامراً كان أو مواتاً لأن الموات تابع للبلد فإذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لأن دار الحرب على أصل الإباحة وهذه صالحنهم على تركها لهم ويحتمل أن يملكها من أحيائها لعدم الخبر ، ولأنها من مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالخشيش والحطب

وقد روي عن أحمد أنه ليس في السواد موات يعني سواد العراق قال القاضي هو محمول على العامر ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معمولاً كلاً في زمن عمر بن الخطاب حين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا أن رجلاً سأل أن يعطى خربة فلم يجذبوا له خربة فقال أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا وإذا لم يكن فيها موات حين تملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده لأن مادته من أملاك المسلمين لم يصر مواتاً على إحدى الروايتين

(مسئلة) (وما قرب من العامر وتعلق بمصلحة لا يملك بالاحياء فان لم يتعلق بمصلحة فعلى روايتين)

كالمدينة وما صرح أهله على أن الأرض للمسلمين كأرض خير إلا الذي صرح أهله على أن الأرض لهم
وإنا الخراج عنها فإن أصحابنا قالوا لو دخل فيها مسلم فأحيا فيها مواتا لم يملكه لأنهم صرحوا في بلادهم
فلا يجوز التمرض بشيء منها عامراً كان أو مواتاً لأن الموات تابع للبلد فإذا لم يملك عليهم البلد لم
يملك مواته ، ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لأن دار الحرب على أصل الاباحة وهذه
صالحانهم على تركها لهم فخرمت علينا ، ويحتمل أن يملكها من أحياها لعدم الخبر ، ولأنهم من
مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالخشيش والخطب ، وقد روي عن أحمد
أنه ليس في السواد موات يعني سواد العراق . قال القاضي : هذا محمول على العامر ، ويحتمل أن أحمد
قال ذلك لكون السواد كان معجوراً كله في زمن عمر بن الخطاب وحين أخذه المسلمون من الكفار حتى
بلغنا أن رجلاً منهم سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة فقال إنما أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها
منا ، وإذا لم يكن فيها موات حين تملكها المسلمون لم يصير فيها موات بعده لأن مادثر من أملاك المسلمين
لم يصير مواتاً على إحدى الروايتين

(فصل) وإن تجوز مواتاً وهو أن يشرع في أحيائه مثل أن أدار حول الأرض تراباً أو أحجاراً
أو حاطها بمحائط صغير لم يملكها بذلك لأن الملك بالاحياء وليس هذا إحياء لكن يصير أحق الناس به لأنه
روي عن النبي ﷺ أنه قال « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » رواه أبو داود فإن

كل ما تعلق بمصالح العامر من طرقه ومسبل مائه ومطرح قمامته ولغني ترابه وآلاته لا يجوز إحياءه
بغير خلاف في المذهب وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كغنائها ومرعى ماشيتها ومحتطباتها وطرقها ومسبل
ماثها لا يملك بالاحياء ، لأنهم فيه أيضاً خلافاً بين أهل العلم وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل يملك
لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه لقوله عليه السلام « من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له » فمفهومه
أن ما تعلق به حق لم لا يملك بالاحياء ، ولأنه تابع للملوك ولو جوزنا إحياءه لبطل الملك في العامر
على أهله ، وذكر القاضي أن هذه المرافق لا يملكها المحيي بالاحياء لكن هو أحق بها من غيره لأن
الاحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها : وقال الشافعي تملك بذلك وهو ظاهر قول الحنفي في
حريم البئر لأنه مكان استحقاقه بالاحياء فملكه كالمحيي ، ولأن معنى الملك وجوده فيه لأنه يدخل مع
الدار في البيع ويختص به صاحبها ، فأما ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه فيجوز إحياءه في إحدى
الروايتين . قال أحمد في رواية أبي الصقر في رجلين أحيا قطعنتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء
رجل ليحييها فليس لها منه ، وقال في جبانة بين قريتين : من أحياها فهي له وهذا مذهب الشافعي
لعموم قوله عليه السلام « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » ولأن النبي ﷺ أقسم بلال بن الحارث العتيق
وهو يعلم أنه من عمارة المدينة ، ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر فجاز إحياءه كالبيد

(والثانية) لا يجوز إحياءه وبه قال أبو حنيفة والشافعي لأنه في مظنة تعلق المصلحة به فانه يحتمل

قله الى غيره صار الثاني بمنزلة لان صاحبه أقامه مقامه ، وان مات فوارثه أحق به لقول النبي ﷺ « من ترك حقا او مالا فهو لورثته » فان باعه لم يصح بيعه لانه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الاخذ به وكن سبق الى معدن او مباح قبل أخذه قل ابو الخطاب ويحتمل جواز بيعه لانه له فان سبق غيره فأحياء ففيه وجهان (أحدهما) انه يملكه لان الاحياء يملك به والحجر لا يملك به ثبت الملك بها يملك به دون مالم يملك به كن سبق الى معدن او مشرعة ماء فجاء غيره فأزاله وأخذه . (والثاني) لا يملكه لان مفهوم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضا ميتة ليست لاحد » وقوله - في حق غير مسلم فهي له « انها لا تكون له اذا كان لمسلم فيها حق » وكذلك قوله « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وروى سعيد في سننه ان عمر رضي الله عنه قال : من كانت له أرض يعني من تحجر أرضا فغطاها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، وهذا يدل على ان من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ولان الثاني أحيأ في حق غيره فلم يملكه كما لو أحيأ ماتعاق به ، صالح ذلك غيره ولان حق المتحجر أسبق فكان أولي كحق الشفعة يقدم على شراء المشتري ، فان طالت المدة عليه فينبغي أن يقولوا له السلطان إما أن يحويه أو تتركه ليحويه غيرك لانه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق او مشرعة ماء او معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع ، فان أزال الاموال لعذر له أهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ، فان أحيأ غيره في مدة المدة ففيه الوجهان

أن يحتاج إلى فتح باب في حائطه الى فئائه ويجعله طريقا أو يخرج حائطه فيجعل آلات البناء في فئائه وغير ذلك فلم يجوز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد . اذا ثبت هذا فانما يرجع في القريب والبعيد إلى العرف ، وقال الليث حده غلوة وهو خمس وخمسين الفرسخ ، وقال أبو حنيفة حد البعيد هو الذي اذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر اليه (والثاني) أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع تحديد له فوجب أن يرجع في ذلك الى العرف كالتقبض والاحراز نقول من حدد بهذا تحكم بغير دليل وليس ذلك بأولى من تحديده بشيء آخر كبل أو نصف ميل وهذا التحديد الذي ذكره والله أعلم يختص بما قرب من المصر أو القرية ، ولا يجوز أن يكون حدا لكل ما قرب من عامر لانه يفضي الى أن من أحيأ أرضا في موات حرم أحيأ شيء من ذلك الموات على غيره مالم يخرج عن ذلك الحد

(مسألة) (ولا تملك المعادن الظاهرة كاللح والقار ، والكحل والجص ، والنفط بالاحياء .

وليس للامام اقطاعه)

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة وهي التي يوصل الى ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كاللح والماء والكبريت والقيير والمروميا والنفط والكحل والبرام والياقوت ومقاطع الطين وأشياء ذلك لا يملك بالاحياء . ولا يجوز اقطاع لاحد من الناس ولا احتجاره دون المسلمين لان فيه ضررا

الاذان ذكرناها ، وإن قصت المدة ولم يعمر فليغيره أن يعمر . وبملكه لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها . و . وأذن له السلطان في عمارتها أن لم يأذن له ، وإن لم يكن لمتحجر عذر في ترك العماره قبل له إما أن يعمر وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها فإن لم يقل له شيء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا عن عمر رضي الله عنه أن من تمجج أرضا فمطأها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ، ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا

(فصل) وللإمام قطع الموات لمن يحجبه فيكون بمنزلة المتحجر الشارع في الأحياء لما روي ان النبي ﷺ أقطع بلال بن الحرث العقيني أجمع فلما كن عمر قل لبلال ان رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحصنه عن الناس إنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي رواه أبو عبيد في الأموال وذكر سعيد في سننه حدثنا عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحرث بن بلال بن الحرث يقول ان رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحرث العقيني ، فلما ولي عمر بن الخطاب قال ما أقطعك لتحتججه فاطمه الناس ، وروي علقمة بن وائل عن أبيه ان النبي ﷺ أقطعه أرضا بحضور موت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وقال سعيد حدثنا سفیان عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب ان رسول الله ﷺ أقطع ناسا من جهينة أو مزينة أرضا فعملوها فجاء قوم فأحبوها فخصصهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ الى عمر بن الخطاب فقال عمر : لو كانت قطعة مني أو من أبي بكر

بالمسلمين وتضييقا عليهم ، ولما روى أبو عبيد وأبو داود والترمذي بإسنادهم عن أبيض بن جمال أنه استقطع رسول الله ﷺ الملح الذي بأرب فلما ولي قبل يارسول الله ﷺ أن تدري ما أقطعت له إنما أقطعت الماء العذ فرجعه منه ، قال قلت يارسول الله ﷺ ما يحكي لي من الأراك ؟ قال « ما لم تنله أخفاف الأبل » وهو حديث غريب

رواه سعيد قال حدثني اسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن جمال المأربي قال : استقطعت رسول الله ﷺ معدن الملح بأرب فاقطعني فقيل يارسول الله ﷺ انه بمنزلة الماء العذ يعني انه لا ينقطع فقال رسول الله ﷺ « فلا اذن » ولان هذا يتعاق به مصالح المسلمين العامة فلم يجر أحيائه ولا اقطاعه كشارع الماء وطرقات المسلمين . قال ابن عقيل هذا من مواد الله الكريم وفرض جوده الذي لا غنا عنه ، ولو ملكه أحد بالاحتجار ملك منعه فضايق على الناس ، فإن أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الوضع الذي وضعه الله به من تعمير ذوي الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) فأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل اليها إلا بالعمل والمؤنة كعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبور والفيروزج فإن كانت ظاهرة لم تملك أيضا بالأحياء لما ذكرنا في التي قبلها ، وإن لم تكن ظاهرة فخرها انسان وأظهرها لم يملكها بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب

لم أردھا ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ أنا أردھا، ثم قال عمر رضي الله عنه: من كانت له أرض يعني من تحجر أرضا فاعطاها ثلاث سنين فحيا قوم فعمروها فهم أحق بها

(مسئلة) قال (إلا أن تكون أرض ملحق أو ماء للمسلمين فيه المنفعة فلا يجوز أن ينفرد بها الانسان)

وجملة ذلك ان المعادن الظاهرة وهي التي بوصل ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالمالح والماء والكبريت والقيز والمومياء والنفط والسكر والحل والبرام والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك لأنك بالأحياء ولا يجوز إقطاعها لاحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين لان فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم ولان النبي ﷺ أقطع أبيض بن حمال معدن الملح فلما قيل له انه بمنزلة الماء العد رده ، كذا قال أحمد . وروى أبو عبيد وأبو دأود والترمذي بإسنادهم عن أبيض بن حمال انه استنظم رسول الله ﷺ المالح بأرب فلما ولي قيل يارسول الله أتدري ما أقطعت له؟ انما أقطعت له الماء العد فرجعه منه ، قال قلت يارسول الله ما يحمي من الاراك؟ قال « ما لم تنله أخفاف الابل » وهو حديث غريب ، وروى في لفظ عنه انه قال « لا حمى في الاراك » ورواه سعيد فقال حدثني باماميل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال استنظمت رسول الله

الشافعي ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول للشافعي لانه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فملك الأحياء كالأرض ولانه باظهاره نهياً للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل فأشبه الأرض اذا أحيها ماء أو حاطها ووجه الاول أن الأحياء الذي يملك به هو العمارة التي يتهيأ بها المحي للانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر ونحريه يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع ، فان قيل فلو احتفر بئراً ملكها وملك حريمها قلنا البئر تهيات للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل وعمارة فافترقا ، قال أصحابنا وليس للإمام إقطاعها لانها لأنك بالأحياء والصحيح جواز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث معادن القبيلة جلسيها وغوريها . رواه أبو داود وغيره

(مسئلة) (فان كان بقرب الساحل موضع)

اذا حصل فيه الماء صار مالحاً ملك بالأحياء والإمام إقطاعه لا يضيق على المسلمين باحداثه بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كبقية الموات وأحياء هذا تهيتها لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيد وفتح قناة اليه تصب الماء فيه لانه يتهيأ بهذا للانتفاع به

(مسئلة) (واذا ملك المحي ملك ما فيه من المعادن الباطنة كالمعادن الذهب والفضة)

اذا ملك الأرض بالأحياء فظهر فيها معدن جامد ملكه ظاهراً كان أو باطناً لانه ملك الأرض

ﷺ معدن الملح بأرب فأقطعية، فقيل يارسل الله أنه بمنزلة الماء العذبني انه لا يقطع فقال رسول الله ﷺ « فلا اذن » ولان هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز احياء، ولا اقطاعه كشارع الماء وطرقات المسلمين، قال ابن عقيل هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذي لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضايق على الناس فان أخذ العوض عنه أغلاده فخرج عن الموضع الذي وضعه الله من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

(فصل) فأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل اليها إلا بالعمل والمؤنة كمادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والذير وزج فاذا كانت ظاهرة لم تملك أيضاً بالاحياء لما ذكرنا في التي قبلها، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها انسان وأظهرها لم تملك بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب الشافعي، ويحتمل أن يملك بها ذلك وهو قول للشافعي لانه مؤات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فلاك بالاحياء كالارض ولانه باظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة الى تكرار ذلك العمل فأشبه الارض اذا جاءها ماء، أو حاطها، ووجه الاول ان الاحياء الذي يملك به هو العمارة التي تهيأ بها المحمي للانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريب يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع فان قبل فلو اخضر بئرأ ملكها وملك حريمها قلنا البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع الى عمل وعمارة فافترقا. قال أصحابنا وليس الامام اقطاعها

بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فانه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما اذا كان ظاهراً قبل احيائها لانه قطع على المسلمين نفعا كان واصلا اليهم ومنعهم انتفاعا كان لهم وههنا لم يقطع عنهم شيئا لانه انما ظهر باظهاره، ولو تحجر الارض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل احيائها كان له احياءها ويملكها بما فيها لانه صار أحق بتحجره واقطاعه فلم يمنع من انعامه

(مسئلة) (وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جار أو كلاً أو شجر فهو أحق به لانه في ملكه) ويملكه في إحدى الروايتين لانه خارج من أرضه أشبه المعادن الجامدة والزرع والثانية لا يملكه وهي أصح أقول النبي ﷺ « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلا والنار » رواء الخلال ولائها ليست من أجزاء الارض فلم يملكها بملك الارض كالكنز

(مسئلة) (ويلزمه بذل ما فضل من مائه لبائهم غيره)

لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « من منم فضل الماء لينعم به فضل الكلا منعه الله فضل رحمة » وهل يلزمه بذله لزرع غيره؟ على روايتين (احدهما) لا يلزمه لان الزرع لاحرمة له في نفسه (والثانية) يلزمه لما روى إياس بن عبد أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء وعن بهنسة عن أبيها أنه قال يانبي الله مالشي الذي لا يحل منعه؟ قال « الماء » رواء أبو داود

(فصل) (ولو شرع انسان في حفر معدن ولم يصل إلى النيل صار أحق به كالتحجر الشارع في

لانها لا تملك بالاحياء والصحيح جواز ذلك لان النبي ﷺ أقطع لبلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها رواه أبو داود وغيره

(فصل) ومن احيا ارضا فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه ظاهراً كان أو باطناً اذا كان من المعادن الجامدة لانه ملك الارض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فانه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما اذا كان ظاهراً قبل احياها لانه قطع عن المسلمين نفعاً كان واصلًا اليهم ومنعهم انتفاعاً كان لهم وهما لم يقطع عنهم شيئاً لانه إنما ظهر بظهوره له ، ولو نجح الارض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل احياها لكان له احياؤها ويملكها بما فيها لانه صار أحق به بتحجره واقطاعه فلم يمنع من تمام حقه

وأما المعادن الجارية كالنار والنفط والماء فهل يملكها من ظهرت في ملكه فيروايتان (أظهرهما) لا يملكها لقول النبي ﷺ « الناس شركاء في ثلاث : في الماء ، والكلأ ، والنهار » رواه الحلال ، ولانها ليست من أجزاء الارض فلم يملكها بملك الارض كالكنز (والثانية) يملكها لانها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة

(فصل) ولو شرع انسان في حفر معدن ولم يصل إلى النيل صار أحق به كالتحجر الشارع في الاحياء ، فاذا وصل إلى النيل صار أحق بالآخذ منه مادام مقبلاً على الآخذ منه وهل يملكه بذلك؟ فيه

الاحياء ، فاذا وصل إلى النيل صار أحق بالآخذ منه مادام مقبلاً على الآخذ منه وهل يملكه بذلك؟ فيه ما نذكرنا من قبل فان حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه واذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا ان المعدن يملك بحفره أو لم نقل لانه إن ملكه فانما يملك المكان الذي حفره. وأما العرق الذي في الارض فلا يملكه بذلك ومن وصل اليه من جهة أخرى فله أخذه ، ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضه فحفر انسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لانه لم يملكه انما ملك ما هو من أجزاء أرضه وليس لاحد أن يأخذ ما كان داخلًا في أرضه من أجزاء الارض الباطنة كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدنًا فوصل إلى النيل ثم فتحها المسلمون عنوة لم يصر غنيمه وكان وجرد عمله وعدمه واحداً لان عامره لم يملك بذلك ولو ملكه فان الارض تصير كلها وقفًا للمسلمين وهذا ينصرف إلى مصلحة من مصالحهم فتعين لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى

(فصل) ومن ملك معدنًا فعمل فيه غيره بغير اذنه فما حصله منه فهو للملك ولا أجر للفاصل على عمله لانه عمل في ملك غيره بغير اذنه فهو كما لو حصد زرع غيره ، وإن قال مالكه اعمل فيه ولك ما يخرج منه فله ذلك وليس لصاحب المعدن فيه شيء لانه اباحة من مالكه فملك ما أخذه كما لو أباحه الآخذ من بستانه ، وإن قال اعمل فيه على أن مارزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل فيه وجهان

ما قد ذكرنا من قبل ، وإن حفر آخر من ناحية أخرى لم يكن له منعه ، وإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعدن يملك بحفره أو لم نقل لأنه إن ملكه قلنا يملك المسكن الذي حفره وأما العرق الذي في الأرض فلا يملكه بذلك ، ومن وصل إليه من جهة أخرى فله أخذه ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضه فحفر انسان من خارج أرضه كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه لأنه لم يملكه إنما ملك ما هو من اجزا أرضه وليس لاحد أن يأخذ ما كان داخل في أرضه من اجزاء الأرض الباطنة كما لا يملك أخذ اجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر في دار الحرب معدنا فوصل إلى النيل ثم فتحها المسلمون غنوة لم نصر غنيمة وكان وجوده له وعدمه واحداً لأن عامره لم يملكه بذلك ولو ملكه فإن الأرض كلها تصير وقفاً للمسلمين وهذا ينصرف الى مصلحة من مصالحهم فتهين لما كما لو ظهر بفعل الله تعالى (فصل) ولو كل في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدن ظاهراً كوضع على شاطئ البحر اذا صار فيه ماء البحر صار ملكاً بالاحياء ، وجاز للإمام اقطاعه لأنه لا يضيق على المسلمين باحداثة بل يحدث نفعه بفعل فلم يمنع منه كبقية الموات واحياء هذا بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتعميده وفتح قناة له تصب الماء فيه لأنه يتهيأ بهذا الانتفاع به

(فصل) ومن ملك معدن فعمل فيه غيره بغير اذنه فما حصل منه فهو لملكه ولا أجر لخاصب على عمله لأنه عمل في ملك غيره بغير اذنه أشبه ما لو حصد زرع غيره ، وإن قال مالك اعلم فيه ذلك

(أحدهما) يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قل احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولانها عين تنمي بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة في الاثنان (والثاني) لا يصح لأن ما يحصل منه مجهول ولأنه لا يصح أن يكون اجارة لأن العوض مجهول والعمل مجهول ولا جعالة لأن العوض مجهول ولا مضاربة لأن المضاربة إنما تصح بالاثنان على أن يرد رأس المال ويكون له حصة من الربح وليس ذلك ههنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لأن الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه علم جزؤه بخلاف هذا ، وإن قال اعلم فيه كذا ولك ما يحصل منه بشرط أن تعطيني ألفاً أو شيئاً معلوماً لم يصح لأنه بيع للمجهول ولا يصح أن يكون معلوماً كالمضاربة لما ذكرنا ولأن المضاربة تكون بجزء من الثمن لا بدراهم معلومة ، قال أحمد اذا أخذ معدن من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيهم ألفي من أو ألف من صفر فذلك مكروه ولم يرخص فيه

(فصل) اذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لانها اجارة معلومة وإن ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح لأن العمل مجهول ، وإن قال ان استخرجته فلك دينار صح وتكون جعالة لأن الجعالة تصح على عمل مجهول اذا كان العوض معلوماً

(فصل) وما انضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالاحياء . قال أحمد في رواية العباس بن موسى اذا انضب الماء عن جزيرة الى فناء رمل لم ين فيها لأن فيه ضرراً وهو أن الماء يرجع يعني أنه

ما يخرج منه فله ذلك ولا شيء لصاحب المعدن فيه لانه إباحة من مالكه فملك ما أخذه كما لو أباحه
الاخذ من داره أو بستانه ، وإن قال اعمل فيه على أن مارزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل فيه
وجهان (أحدهما) يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قال احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولانها
عين تنمي بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة في الأمان (واثنائي) لا يصح لأن ما يحصل
منه مجهول ، ولانه لا يصح أن يكون اجارة لأن العرض مجهول والعمل مجهول ولا جعلالة لأن العرض
مجهول ولا مضاربة لأن المضاربة إنما تصح بالأمان على أن يرد رأس المال وتكون له حصصة من الربح
وليس ذلك ههنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لأن الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه
علم جزؤه بخلاف هذا ، وإن قال اعمل فيه كذا وإليك ما يحصل منه بشرط أن تعطيني ألفاً أو شبتاً
معلوماً لم يصح لانه بيع للمجهول ولا يصح أن يكون معاملة كالمضاربة لما ذكرنا ولان المضاربة تكون
بجزء من الثمن لا دراهم معلومة ، قال أحمد إذا أخذ معدناً من قوم على أن يحرره ويعمل فيه ويعطيه
أني من ألف مناصراً فذلك مكروه ولم يرخص فيه والله الموفق

(فصل) إذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لانها اجارة معلومة
وإن ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجني بدينار لم يصح لأن العمل مجهول ، وإن قال إن استخرجته

يرجع الى ذلك المكان فاذا وجدته مبنياً رجع الى الجانب الآخر فاضرب بأهله ولان الجزائر منبت
الكلاً والخطب فجري مجرى المعادن الظاهرة وقد قال النبي ﷺ «لاحي الا في الاراك» قال أحمد
في رواية حرب يروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ما ينبت في الجزائر من النبات وقال اذا
نضب الفرات عن شيء ثم نبت فيه نبات فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك فأما ان غلب الماء
على ملك انسان ثم ماد فنضب عنه فله أخذه ولا يزول ملكه بغلبة الماء عليه فان كان ما نضب عنه
الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لا ترد الماء مثل ان يجمله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه
متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبهه التحجر في الموات

(فصل) قال رحمه الله (وإحياء الارض أن يحوزها بمحاط أو بحجري لها)

ظاهر كلامه ههنا أن تحويط الارض لإحياءها سواء أرادها للبناء أو للزراعة أو حظيرة للغنم أو
الحطب وهو ظاهر كلام الحنفي نص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال إحياء أن يحوط عليها
حائطاً أو يحفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روي الحسن عن سمرة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال «من أحاط حائطاً على أرض فهي له» رواه أبو دواد والامام أحمد في مسنده
وروي عن جابر عن النبي ﷺ مثله ولان الحائط حاجر منيع فكان إحياء أشبه ما لو جعلها حظيرة
للغنم وبين هذا أن القصد لا اعتبار به بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم كما لو جعلها حظيرة للغنم
فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتاً فإنه يملكها وهذا لا يصنع للغنم مثله ولا بد أن يكون الحائط منيعاً يمنع

فلك دينار صح ويكون جمالة لان الجمالة تصح على عمل مجهول اذا كان العرض معلوما
(فصل) ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر أو باطن فهو أحق بما ينال منه أقول النبي ﷺ
« من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له » فإن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره
منع منه لأنه يضيق على الناس ما لا تنفع فيه فأشبهه ما لو وقف في مشرعة الماء لغير حاجة ، وإن أطال
المقام ولا أخذ احتدل أن يمنع لأنه يصير كالمالك له واحتمل أن لا يمنع لاطلاق الحديث ، وإن استبق
إليه اثنان وضاق المكان عنهما أفرع بينهما لأنه لازمة لاحدهما على صاحبه ، ويحتمل أن يقسم بينهما
لأنه يمكن قسمتهما وتساويانه فيقسم بينهما كما لو تداعيا عينا في أيديهما ولا يئنه لاحدهما بها ويحتمل
أن يقدم الامام من يرى منها لان له نظراً ، وذكر القاضي وجها رابعا وهو أن الامام ينصب من
يأخذ لها ويقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي

(فصل) وما نصب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالاحياء . قال احمد في رواية العباس بن موسى
إذا نصب الماء عن جزيرة إلى قنار رجل لم يبن فيها لان فيه ضرر أو هو ان الماء يرجع يعني أن يرجع إلى
ذلك المكان فإذا وجد مبنيا رجع إلى الجناح الآخر فأضر بأهله ولان الجزائر منبت السكلا والخطب
فجرت مجرى المعادن الظاعرة ، وقد قال النبي ﷺ ولا حى في الاراك ، وقال احمد في رواية حرب
بروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ما ينبت في الجزائر من النبات ، وقال اذا نصب الفرات

ما وراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان فان كان من جرت عادتهم بالبناء بالحجر وحده
كأهل حوران أو بالطين كأهل الفوطه بدمشق أو بالحشب أو القصب كأهل النور كان ذلك احياء وان
بناه بأقوى مما جرت به عادتهم كان أولى ، وقال القاضي في صفة الاحياء روايتان (احدهما)
ما ذكرنا (والثانية) الاحياء ما تعارفه الناس احياء لان الشرح ورد بتعليق الملك عليه ولم يبينه ولا ذكر
كيفية فيجب الرجوع فيه الى ما كان احياء في العرف كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين
كيفية كان المرجع فيه الى العرف ولان الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند
أهل اللسان لذلك يتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ولان النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلق
الحكم على ما ليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفة اذ ليس له طريق سواء
اذا ثبت هذا فان الارض تحيا دارا للسكنى وحظيرة ومزرعة ، فاحياء كل واحدة من ذلك بما تنبت به
للاتقاع الذي أريدت له ، فأما الدار فبان يبنى حيطانها بما جرت به العادة ويسقفها لأنها لا تصلح
للسكنى الا بذلك ، والحظيرة احياءها بمحاط جرت به العادة لمثلها ، وليس من شرطها التسقيف لان
المادة لم تجر به وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب أو للخطب أو نحو ذلك فان جعل عليها خندقا
لم يكن احياء لأنه ليس بمحاط ولا عمارة انما هو حفرة تخريبه وكذلك ان حاطها بشوك وشبهه لا يكون

عن شيء. ثم ثبت فيه نيات فجاء رجل بمنع الناس منه فليس له ذلك فاما ان غلب الماء على ملك انسان ثم عاد فنضب عنه فله اخذته فلا يزول ملكه بغلبة الماء عليه ، وان كان ما نضب عنه الماء لا ينفع به أحد فعمره رجل عمارة لا يزد الماء مثل أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لانه متجبر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبهه التحجير في المرات

(فصل) وما كان من الشوارع والطرق والرحاب بين العمران فليس لأحد احياءه سواء كان واسما او ضيقا و- واء ضيق على الناس او لم يضيق لان ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق بمصالحهم فأشبهه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق بالعمود في اوسع من ذلك في بيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لا اتفاق أهل الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ولانه ارتفاق مباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاختياز قال احمد في السابق الى دكا كين السوق غدوة فهو له الى الليل وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى ، وقد قال النبي ﷺ « منى مناخ من سبق » وله أن يظل على نفسه بما لا يضر فيه من بارية وثابت وكساء ونحوه لان الحاجة تدعو اليه من غير مضرة فيه وليس له البناء لادكة ولا غيرها لانه يضيق على الناس ويضر به المارة بالليل والغمرير في الليل والنهار ، ويبقى على اللوام فربما ادعى ملكه بسبب ذلك والسابق أحق به مادام

احياء ويكون تحجير الان المسافرين قد يزل منزلا ويحوط على رحله بنحو من ذلك ولو نزل منزلا فتعصب فيه بيت شعر أو خيمة لم يكن احياء . وان أرادها للزراعة فبان يهيئها لا مكان الزرع فيها فان كانت لا تزرع الا بالماء فبان يسوق اليها ماء من نهر أو بئر وان كان المانع من زرعها كثرة الاحجار كأرض الحجاز فأحيائها بفتح أحجارها وتفتيتها حتى تصالح للزرع وان كانت غياضاً أو أشجاراً كأرض الشعري فبان يقطع أشجارها ويزيل عروقها المانعة من الزرع ، وان كانت مما لا يمكن زرعها الا بحبس الماء عنه كأرض البطائح فأحيائها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها لان بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها له من غير حاجة الى تكرار ذلك في كل عام فكان احياء كسوق الماء الى أرض لا ماء لها ولا يعتبر في احياء الأرض حرثها ولا زرعها لان ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها فلم يعتبر في احياء كسقيها وكالمسكن في البيوت ولا يحصل احياء بذلك اذا فعله بمجرد لما ذكرنا ، ولا يعتبر في احياء الأرض للمسكن نصب الابواب على البيوت وبه قال الشافعي فيما ذكرنا في الرواية الثانية إلا أن له وجهاً في أن حرثها وزرعها احياء لها وأن ذلك معتبر في احيائها لا يتم بدونه وكذلك نصب الابواب على البيوت لانه مما جرت العادة به أشبه السقف ولا يصح هذا لما ذكرنا ولان المسكن يمكنه بدون نصب الابواب فأشبهه تطيين سطوحها وتبييضها

(مسألة) (وان حفر بئراً عادية ملك حرثها خمسين ذراعاً وان لم تكن مادية فخر بها خمسة وعشرون البئر العادية بتشديد الباء القديمة منسوبة إلى عاد ولم يرد عاداً يعنيها لكن لما كانت عاد

فيه فإن قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره ازالته لان يد الاول عليه ، وان نقل متاعه كن لغيره أن يقعد فيه لان يده قد زالت ، وان قعد وأطال منع من ذلك لانه يصير كالتملك ويختص بهتم بسايريه غيره في استحقاقه ، ويحتمل أن لا يزال لانه سبق الى مالم يسبق اليه مسلم ، وان استبق اثنان اليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الامام من يرى عنهما ، وان كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه ولا يحل للامام تمكينه بعرض ولا غيره . قال احمد ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق . قال القاضي هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤدي المارة لما تقدم ذكرنا له وقال لا يعجنني الطحن في العروب اذا كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري انما كره ذلك لضيقها طريق المارة في الماء قال احمد ربما غرقت السفن فأرى لرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها

(فصل) في القواطع وهي ضربان (أحدهما) أقطاع ارفاق وذلك أقطاع مقاعد السوق والطرق الواقعة ورحاب المساجد التي ذكرنا أن السابق اليها الجلوس فللامام أقطاعها لمن يجلس فيها لان له في ذلك اجتهاداً من حيث إنه لا يبرز الجلوس الا فيما لا يضر بالمارة فكان للامام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرر بجلوسه ، ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق اليها من غير أقطاع سواء الا في شيء واحد وهو أن السابق اذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها لان استحقاقه لها بسبقه اليها ومقامه فيها فاذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذي استحق

في الزمن الاول وكانت لها آثار في الارض نسب اليها كل قديم ، فكل من سبق الى بشر عادية كان أحق بها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له» وله حريم اخسون ذراعاً من كل جانب ، وان حفر بئراً في موات لتملك فله حريمها خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب نص أحمد على هذا في رواية حرب وعبدالله واختاره أكثر أصحابنا ، وقال القاضي وأبو الخطاب ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها في الحقيقة ما يحتاج اليه في ترقية مائها منها فان كان بدولاب فقدور مد الثور او غيره وان كان بساقية فبقدر طول البئر لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : «حريم البئر مد رشائها» أخرجه ابن ملجه ولانه المكان الذي تمتشي اليه البهيمة ، وان كان يستقي منها يده فبقدر ما يحتاج اليه الواقف عندها ، وان كان المستخرج عينا فحريمها القدر الذي يحتاج اليه صاحبها للاتقاع ولا يستضر باخذه منه ولو كان الف ذراع ، وحريم النهر من جانبيه ما يحتاج اليه لطرح كرايته بحكم العرف وذلك ان هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ، وقال أبو حنيفة حريم البئر أربعون ذراعاً وحريم العين خمسمائة ذراع لان أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «حريم البئر أربعون ذراعاً لاعطان الابل والغنم» وعن الشعبي مثله رواه أبو عبيد .

ولنا ما روي أن الدارقطني والحلال باسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً وحريم البئر العادي خمسون ذراعاً» وهذا نص وروى أبو عبيد باسناد

به وهذا استحق باقطاع الامام فلا يزول حقه بنقل متاعه ولا يضره الجلوس فيه ، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس ببناء ومنعه من البناء ومنعه اذا طال مقامه حكم السابق على ما أسلفناه (الثاني) اقطاع موات من الارض لمن يجيئها فيجزر ذلك لما روى وائل بن حجر أن رسول الله ﷺ أعطاه أرضاً فأرسل معاوية أن أعطه إياه أو أعلمه إياه حديث صحيح ، وأقطع بلال بن الحارث المزني وأبيض ابن حمال المأربي ، وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال « أعطوه من حيث وقع السوط » رواه سعيد وابو داود ، وذكر البخاري عن أنس قل : دعا رسول الله ﷺ الأنصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا يا رسول الله ان فعلت فاكتب لآخواتنا من قریش بمثلها ، وروى أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضاً ، وأب عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبي ﷺ الزبير وسعداً وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الارت وبراء بن عازب عن أبي عبد الله أنه قال لعمر ان قبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا نضر باحد من المسلمين فان رأيت أن تقطعها فيها فنحن فيها قضيلاً لحبي فانعل قال فكتب عمر الى أبي موسى ان كانت كما يقول فأقطعها إياه روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الاموال ، وروى سعيد عن سفيان عن أبي نعيم عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ أقطع ناساً من جبهة أو مزينة أرضاً. اذا ثبت هذا فان من أنطعه الامام شيئاً

عن يحيى بن سعيد الانصاري أنه قال السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً والبدي خمس وعشرون ذراعاً وبإسناده عن سعيد بن المسيب قال حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً من نواحيها كلها وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع من نواحيها كلها وحريم البئر العادي خمسون ذراعاً من نواحيها كلها ، ولأنه معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر الحاجة كالحائط ولأن الحاجة الى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فانه يحتاج الى ما حوله عطشاً لا بله وموقفاً للدوابه وغنمه وموضاً يحمل فيه أحواضاً يستقي منها ماشيته وموقفاً لدابته التي يستقي عليها واشباه ذلك فلم يختص الحريم بما يحتاج اليه في ترقية الماء فأما حديث أبي حنيفة فحديثنا أصح منه ورواهما أبو هريرة فيدل على ضعفه

﴿ مسألة ﴾ (وقيل حريمها قدر مد رشائها من كل جانب) لما ذكرنا من الحديث إذا ثبت ذلك فان ظاهر كلامه في هذا الكتاب وظاهر كلام الحنفية أنه يملك حريم البئر ونقل عن الشافعي وقال القاضي بل يكون أحق به

﴿ مسألة ﴾ (وقيل احياء الارض ما عدا احياء وهو عمارتها بما تنبت به لما يراد منها) وقد ذكرنا ذلك وقيل ما يتكرر كل عام كالسقي والحرق فليس باحياء ومالا يتكرر فهو احياء لان العرف ان حرق الارض مرة ليس باحياء وان عمل الحائط عليها ونحوه احياء وللشافعي وجه في أن الزرع والحرق احياء وقد ذكرناه ، فان كانت كثيرة الدغل والحشيش كلروج التي لا يمكن زرعها إلا بتكرار حرثها وتنقية دغلها وحشيشها المانع من زرعها كان احياء على قياس ما ذكرنا أولاً

من الموات لم يملكه بذلك لكن يصير أحق به كالمتحجر للشارع في الأحياء بدليل ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع عمر منه ما عجز عن إحيائه من العتيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ ولو ملكه لم يجز استرجاعه ورد عمر أيضاً قطيعة أبي بكر لعينة بن حصن فسأل عينة أبا بكر أن يحدد له كتاباً فقال والله لا أجدد شيئاً رده عمر رواء أبو عبيد ، لكن المنقطع يصير أحق به من سائر الناس وأولى بأحيائه فإن أحياء والا قال له السلطان ان أحييته والا فارفع يدك عنه كما قال عمر لبلال بن الحارث المزني إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتعجبك دون الناس وإنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي ، وإن طالب المهلة لعذر أمهل بقدر ذلك ، وإن طالباً لغير عذر لم يهل على ما ذكرنا في المتحجر ، وإن سبق غيره فأحياء قبل أن يقال له شيء أو في مدة المهلة فهل يملكه ؟ على وجهين

وقد روي عن عمرو بن شعيب أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً فعطوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ إلى عمر رضي الله عنه فقال عمر لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أردوها وإكبتها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردوها فدل هذا على أنها إذا كانت قطيعة من غير رسول الله ﷺ فهي لمن أحيائها (والثاني) لا يملكه لأنه تعلق به حق المقطع ومعلوم قوله عليه السلام « من أحيأ أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له » انه اذا تعلق بها حق مسلم لم يجز إحيائها ، وقد ذكرنا الوجهين في المتحجر وهذا مثله ومذهب الشافعي في هذا الفصل كنحو ما ذكرنا

(فصل) ولا بد ان يكون البشر فيها ماء فان لم تصل الى الماء فهو كالمتحجر للشارع في الأحياء على ما نذكره ، وقوله ومن حنر بشراً عادية يحمل على البشر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارها أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك أحياء لها فالما البشر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لأحد احتجاره ومنعه لأنه بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفق بها الناس وهكذا الميون التابعة ليس لأحد ان يختص بها ولو حفر رجل بشراً للمسلمين ينتفعون بها أو ينتفع بها مدة إقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها فاذا تركها كانت للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وهو أحق بها ما دام مقبلاً عندها لأنه سابق اليها فهو كالمتحجر للشارع في الأحياء

(فصل) وإذا كان لانسان شجرة في موات فله حريمها قدر ما تعد اليه أغصانها حوالها وفي النخلة مد جريدها لما روى ابو سعيد قال اختصم الى النبي صلى الله عليه وسلم في حريم نخلة فأمر بجريده من جرائدها فذرت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك رواء أبو داود ، وان غرس شجرة في موات فهي له وحريمها وان سبق إلى شجر مباح كالزيتون والخروب فسقاه وأصلحه فهو له كالمتحجر للشارع في الأحياء فان طعمه يملكه بذلك وحريمه لأنه يملك الانتفاع به لما يراد منه فهو

(فصل) وليس للامام إقطاع مالا يجوز احياءه من المعادن الظاهرة لان النبي ﷺ لما استقطعه أبيض بن حمال المالح الذي بمأرب فقبل يارسول الله انما اقطعت الماء المد فارجعه منه ولان في ذلك تضيقا على المسلمين، وفي اقطاع المعادن الباطنة وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) ولا ينبغي ان يقطع الامام أحداً من الموات الا ما يمكنه احياءه لان في اقطاعه اكثر من ذلك تضيقا على الناس في حق مشترك بينهم بما لا فائدة فيه فان فعل ثم تبين عجزه عن احيائه استرجعه منه كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عنه من عمارته من العبق الذي اقطعه إياه رسول الله ﷺ

(فصل) في الحى ومعناه ان يحمي ارضا من الموات بمنع الناس رعي ما فيها من الكلأ يختص بها دونهم وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا اتجمع بلاداً أوفى بككب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالهواء فخيماً انتهى صوته هاه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيماسوا به انتهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضيق على الناس ومنعهم من الاتماع بشي لم فيه حق

وروى الصواب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا حى الا لله ورسوله » رواه أبو داود وقال « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والنار والكلأ » رواه الحلال . وليس لاحد من الناس سوى الائمة أن يحى لما ذكرنا من الخبر والمعنى فأما النبي ﷺ فقد كان له أن يحى لنفسه وللمسلمين

كسوق المال الى الارض الوات ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى عالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به »

(فصل) ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق اليها ماء البئر الاولى فليس له ذلك سواء كان محتزراً الثانية في ملكه مثل رجلين متجاورين في دارين فحفر أحدهما في داره بئراً ثم الآخر بئراً اعرق منها فسرى اليها ماء الاولى أو كانتا في موات فسبق أحدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً يجذب ماء الاولى ، ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية لانه ليس له ان يتديء ملكه على وجه يضر بالمالك قبله ، وقال في الاولى له ذلك لانه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله كتمليه داره وهكذا الخلاف في كل ما يجدته الجارحما يضر بجاره مثل ان يجعل داره مدبغة او حماما يضر بمقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانها او يحفر في اصل حائطه حشا يتأذى جاره برائحته وغيرها او يجعل داره مخزناً في وسط العطارين ونحوه مما يؤذى جاره وقال الشافعي له ذلك كله وروي ذلك عن احمد وهو قول بعض الحنفية لانه تصرف مباح في ملكه اشبه ببناء ونقصه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا اضرار » ولانه احداث ضرر بجاره فلم يجوز كالذق الذي يهز الحيطان ويخربها وكالقاء السباد والتراب في اصل حائطه على وجه يضر به ولو كان

له في الخبر «لا حى الا لله ورسوله» لكنه لم يحكم لنفسه شيئا وانما حى المسلمين فقد روى ابن عمر قال: حى النبي ﷺ النبيع لحبل المسلمين . رواه أبو عبيد والشيخ بالثون موضع النبيع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان ما يصير فيه من الماء ، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحكموا إلا أنفسهم شيئا ولكن لهم أن يحكموا مواضع الحرم فيها حبل المجاهدين وتعم الجربة وأبل الصدقة وضوال الثمن التي يقوم الأمان بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستصير به من سواه من الناس ، وهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوله ، وقال في الآخر ليس لعمر النبي ﷺ حى محى قوله «لا حى الا لله ورسوله»

ولذا أن عمر وعثمان حميا واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر عليها فكان إجماعا ، وروى أبو عبيد بن أسامة عن عامر بن عبد الله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال أتى أعرابي عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام علام نحميها ؟ فأطرق عمر وجعل يهتف ويهتف يشاربه - وكان إذا ذكر به أمر قتل شاربه ونزع - فلما رأى الأعرابي عليه جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حبت شبرا من الأرض في سبيله وقال مالك بلغني أنه كان يعمل في كل عام على أن يمين الماء من الطهر . وعن أسلم قال سمعت عمر يقول لهي حين أسئله على حى الرتبة يا هني أضرم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فأنها مجابة ،

لرجل مصنع فأراد تجاره غرس شجرة مما تشري عروقه فتشقى حائطه فمضغ جاره وانقلعه لم يملكه ثم ملكه وكان لجاره منعه وقلمها أن غرسها ، ولو كان هذا الذي جعل الله الظهور سابقا لم يكن له في الملك مدعة أو مقصرة فأحيا الإنسان إلى حياته موافقا ونهه دارا فصرر بذلك ثم يلزمه إزالة الضرر بنهر خلاف تعلمه لأنه لم يحدث ضررا

(مسئلة) (ومن تحجر موافقا لم يملكه وهو أحق به وورثته من بعده ومن ينقله إليه وليس له يعمه وقيل له ذلك)

محجر الموات المشروع في أحيائه مثل أن يدبر حول الأرض ترابا أو أحجارا أو حائطها بجدار صغير لم يملكها بذلك لأن الملك بالأحياء وليس هذا أحياء لكن يصير أحق الناس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو لغيره» رواه أبو داود ، فإن مات فورا فله الحق به لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من ترك حقا أو مالا فهو لورثته» فإن مثله إلى غيره صار الثاني أحق به لأن صاحبه أقامه مقامه ، وليس له يعمه قال باعه لم يصب لأنه لا يملكه ثم يملك يعمه الحق الشفعة قبل الأخذ به ولكن سبق إلى معدن أو مباح قبل أخذه وقيل له يعمه لأنه أحق به (مسئلة) (فإن لم يم أحياء قيل له أما أن تحييه وأما أن تتركه) إذا طالت المدة بعد التحجر ولم يحييه فينبغي أن يقول السلطان أما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك لأنه ضيق على الناس في حق مشترك

وادخل رب الصريمة والغنمية ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما إن هلكتا ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع وانت هذا المسكين ان هلكت ماشيته جاء يصرخ يا أمير المؤمنين فالكلاء أهون علي أم غرم الذهب والورق انها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام وانهم ليرون أنا نطلبهم ولولا النعم التي يحمل عليها في سبيل الله ما حيت على الناس من بلادهم شيئا أبداً ، وهذا اجماع منهم ، ولان ما كان لمصالح المسلمين قامت الائمة فيه مقام رسول الله ﷺ وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « ما أطعم الله لبي طعمة إلا جعلها طعمة لمن بعده » وأما الخبر فمخصوص وأما حماء نفسه فيفارق حمى النبي ﷺ لنفسه لان صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين وماله كان يرد في المسلمين ففارق الائمة في ذلك وساووه فيما كان صلاحاً للمسلمين وليس لهم أن يحرموا الا قدرأ لا يضيق به على المسلمين ويفرّ بهم لانه انما جاز لما فيه من المصلحة لما يحصى وليس من المصلحة ادخال الضرر على أكثر الناس

(فصل) وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه ، ومن أحياء منه شيئا لم يملكه ، وان زالت الحاجة اليه ففيه وجهان . وما حماه غيره من الائمة فغيره هو أو غيره من الائمة جاز ، وان أحياء انسان ملكه في أحد الوجهين لان حمى الائمة اجتهد وملك الارض بالاحياء نص والنص يقدم على الاجتهاد (والوجه الآخر) لا يملكه لان اجتهاد الامام لا يجوز نقضه

بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق او مشرعة ماء او معدن لا ينتفع به ولا يدع غيره

(مسألة) (فان طلب الامهال اهل مدة قريبة)

كالتهرين والثلاثة ونحوها لانه يسير فان بادر غيره فأحياء في مدة المهلة او قبل ذلك ملكه بالاحياء في أحد الوجهين لان الاحياء يملك به والتجبر لا يملك به فيثبت الملك بما يملك به دون مالا يملك به كمن سبق الى معدن او مشرعة فجاء غيره فأزاله وأخذ ولعموم الحديث في الاحياء (والثاني) لا يملكه لان مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « من احيا ارضا ميتة في غير حق مسلم فهي له » انها لا تكون له اذا كان لمسلم فيها حق وكذلك قوله « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو احق به » وروي شعيب في سننه أن عمر قال من كانت له ارض - يعني من تحجر ارضاً - فعطائها ثلاث سنين فجاء قوم يعمرونها فهم احق بها وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ولان الثاني احيا في حق غيره فلم يملكه كما لو احيا ما يتعلق به ، صالح ملك غيره ولان حق المتحجر اسبق فكان اولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشتري (فصل) فان ضربت للمتحجر مدة فانقضت المدة ولم يعمر فغيره أن يعمره وملكه لان المدة

ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء اذن له السلطان في عمارتها او لم يأذن ، وان لم يكن للمتحجر عذر في ترك العماره قيل له اما ان تعمر واما ان ترفع يدك فان لم يعمرها كان غير عمارتها ، فان لم يقل له شيء واستمر تعطيلها فقد ذكرنا حديث عمر في المسئلة قبها ومذهب الشافعي في هذا الفصل والمسئلة قبلها على نحو ما ذكرنا

كما لا يجوز نقض حكمه ، ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما قلنا والله أعلم

(فصل في أحكام المياه) قد ذكرنا في البيع حكم ملكها وبيعها ، ونذكر هنا حكم السقي بها فنقول لا يخلو الماء من حالين إما أن يكون جارياً أو واقفاً فإن كان جارياً فهو ضربان (أحدهما) أن يكون في نهر غير مملوك وهو قسمان [أحدهما] أن يكون نهراً عظيماً كالنيل والفرات ودجلة وما أشبهها من الأنهار العظيمة التي لا يستغنى أحد بسقيه منها فهذا لا نزاع فيه ولكل أحد أن يسقي منها ما شاء متى شاء كيف شاء [التسم الثاني] أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح فيه أهل الأرض الشاربة منه فإنه يبدأ بن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ إلى السكب ثم يرسل إلى الذي يليه فيصنع كذلك وعلى هذا إلى أن تنتهي الأرافع كلها ، فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عن يليهم فلا شيء للباقيين لأنه ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً والاصل في هذا ما روى عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاضع الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها إلى النبي ﷺ فقال ﷺ «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك» فغضب الأنصاري وقال يا رسول الله أن كان ابن عمك ؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال «يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر» قال الزبير فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكوك فيما شجر بينهم) متفق عليه ورواه مالك في موطأه عن الزهري عن عروة عن عبد الله بن الزبير ، وذكر عنه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال نظرنا في قول النبي ﷺ «ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر» فكان ذلك إلى الكعبين

(فصل) وللإمام أقطاع موات لمن يحببه ولا يملك بالاقطاع بل يصير كالتحجير الشارع في الأحياء على ما ذكرنا ، ولا ينبغي أن يقطع إلا ما قدر على أحيائه لأن أقطاعه أكثر منه ادخال ضرر على المسلمين بلا فائدة فيه فإن فعل ثم تبين عجزه عن أحيائه استرجعه منه كما استرجع عمر رضي الله عنه من بلال ابن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه النبي صلى الله عليه وسلم فروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع وإن عمر قال لبلال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحببته عن الناس [إعلاء] أقطعك لتعمر بخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي رواه أبو عبيد في الأموال ، وذكر سعيد في سننه عن عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحارث بن بلال بن الحارث يقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث العقيق فلما ولي عمر قال ما أقطعتك لتحببته فاقطعه الناس ، وروى عاقمة بن وائل عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً بحضرموت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، قال سعيد ثنا خفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو ابن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً فعطوها فجاء قوم فاحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمر بن الخطاب فقال عمر لو كانت قطعة مني أو من أبي بكر لم أردناها ولكنها قطعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا أردناها

قال أبو عبيد الشرحاء جمع مخرج والشرح مخرج صغير والخربة أرض من التربة بجملة مروجها وهو الجدر الجدار وهو ما
 أمر النبي ﷺ الزبير أن يسقي ثم يرسل الماء، وهو بلا على غيره فلما قال الأبخاري ما قاله قاله روى
 النبي ﷺ الزبير عنه يروى مالك في الموطأ أيضاً عن أبي عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو أنه بلغه أن
 رسول الله ﷺ قال في سبل مهزوز ومذنيب يملك بحق الكمين ثم يرسل الأعلى على الأسفل
 قال ابن عبد البر هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة يقول به عندهم قال عبد الملك بن الحبيب
 مهزوز ومذنيب واديان من أودية المدينة يقال بالمرور وتنافس أهل الحواشي في سبلها يروى
 أبو داود بإسناد عن ثعلبة بن أبي مالك أنه سمع كبراًهم يكفرون أن رسول الله ﷺ كان له حمام في
 بني قريظة فخصم إلى رسول الله ﷺ في سبل مهزوز والسبل الذي يمتصون ماله ففرض عليهم رسول الله ﷺ
 أن الماء إلى الكمين لا ينجس الأعلى على الأسفل ولا من أرضه فريضة من فريضة إلى الماء فكان أوله
 كبره إلى المشرعة فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها بغيره فلا ينفق كل واحدة منها على
 حديقته وإن استوى اثنيان في القرب من أول النهر انقسم الماء بينهما إن أمكن وإن لم يمكن أقرع بينهما فقدم
 من قطع القربة فإن كان الماء لا يفيض عن أحد منهما في من وقع له القربة بعد وجع من الماء ثم تركه لا يعرف وليس
 له أن يسقي بجميع الماء لأن الآخر يساويه في استحقاق الماء وإنه أقرع فقدم في استحقاقه السابق
 لأن في أهل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس الأسفل بحق إلا فيما فضل عن الأعلى فإن كانت

(فصل) وقد روى واثل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطعهم أرضاً فأرسل معاوية أن
 أعطه أياه أو أعلمه أياه، حدث صحيح، وأقطع الزبير خضر قرصة فأجبر قرصة حتى قام وروى
 بسوطه فقال «أعطوه من حيث وقع السوط» رواه سعيد وأبو داود، وذكر البخاري عن أنس قال
 «أعط رسول الله صلى الله عليه وسلم الأنصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا يا رسول الله أن فلت فكتب
 لاخواتنا من قرش بمثلها» وروى أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضاً وأقطع عثمان خمسة من أصحاب
 رسول الله صلى الله عليه وسلم الزبير وشعثاً وابن مسعود وأسماء بنت ثابت وخباب بن الارت وروى
 عن نافع أبي عبد الله أنه قال لعمران قبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا تضر بأحد
 من المسلمين فإن رأيت أن تقطعها أخذ فيها فضلاً لحيل قال فكسب عمر إلى أبي موسى أن كانت
 كما يقول فاقطعها أياه، روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الأموال إذا ثبت هذا فإن من أقطع الإمام
 شيئاً من الموات لم يملكه بذلك لكن يضره الحق، كما أن جدر الشارح في الأخياء على ما ذكرنا من
 حديث بلال بن الحارث حيث استرجع منه عمر ما عجز عن أخائه، ولو لم يملكه لم يجز استرجاعه ورد
 عمر أيضاً قطعة أبي بكر لعينة بن حصن فسلك عينة بن حصن أبا بكر أن يجدد له كتاباً فقال والله
 لا أجده شيئاً رده عمر رواه أبو عبيد، فعلى هذا يكون المقطع الحق به من سائر الناس وأولي باحيائه وحده
 حكم المتحجر الشارح سواء وقد مر ذكره ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا سابقاً
 (مسألة) (وله أقطاع الجبل من في الطريق الواقعة ورحاب المهاجد ما لم يهبط على النهر)
 القطع مع ضربان (أحدهما) أقطاع مواضع يحيط به وقد ذكرناه (والثاني) أقطاع أرفاق ذلك كإقطاع معاقل
 الأسواق والبارق الواقعة ورحاب المساجد قال الإمام أقطاع لمن يجلس فيها لأن له في ذلك الجهاداً

أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض لأن الزائد من الأرض أحدهما مساو في القرب فاستحق جزء من الماء. كما لو كان لشخص ثلث، وإن كان لثلاثة عشر يترتب من نهر غير مملوك أو سيل وجاء إنسان ليحيطي موانا أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يستقي قبلهم لأنهم سبقوا إلى النهر منه ولأن من ملك أرضا ملكها بحقوقها ومراقبتها ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقه، وهل لم تنفع من أحياء ذلك الموات؟ فيه وجهان أحدهما ليس لهم منعه لأن حقهم في النهر لا في الموات والثاني لهم منعه لتلاخيص ذلك فربما إلى منعهم منعه من السقي لتقدمه عليهم بالقرب إذا طال الزمان وجعل الحال فائدة فلنا ليس لهم منعه فسبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيوا في أسفل موانا لم أحيوا أحيا آخر فوقف ثم أحيوا ثالث فوق الثاني كان الأسفل الدقي أولا ثم الثاني ثم الثالث ويقدم السابق إلى الأحياء على السابق إلى أول النهر لما ذكرناه

(فصل) الضرب الثاني للماء الجاري في نهر مملوك وهو أيضا قسمان (أحدهما) أن يكون الماء مباح الإسهل مثل أن يجزر إنسان نهرا صغيرا يتصل بنهر كبير مباح فما لم يتصل بالخفر لا يملكه وإنما هو بمنزلة وشروع في الأحياء فإذا اتصل بالخفر كل الأحياء وملكه لأن المالك بالأحياء أن تنبغي العبرة إلى قصد ما بحيث يتكرر الانتفاع بها على ضرورتها وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الله أو لم يجز لأن الأحياء يحصل بأن يهينه الانتفاع به دون حوله المنفعة فيصير مالكا للقرار والنهر وحاقية وهو مؤثر حتى له

من حيث إنه لا يجوز الجلوس إلا فيها لا يضرب بالمارة فكان للإمام أن يجلس فيها من لا يلهي له بتضرر بجلوسه ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بملازمة السابق إليها من غير إقطاع إلا في أن السابق إذا نزل مناعة عنها فلتغيره الجلوس فيها لأن استحقاقه لها يسبقه إليها ومقامه فيها فإذا استقل عنها زال استحقاقه لزوال المني الذي استحق به وهذا يستحق بالقطاع الإمام فلا يزول حقه بمثل مناعة ولا لغيره الجلوس فيه، وحكمه في التظليل على أنسه بما ليس ببناء ومنعته من البناء ومنعه إذا طال مقامه حكم السابق على ما ذكرناه

(مسئلة) فإن لم يقطعها فمن يسبق إليها الجلوس فيها أو يكون أحق بها لم يقل قماشه عليها ما كان من الشوارع والطرق والزحاب بين العمران فليس لأحد أحياءه سواء كان أسعلا أو ضيفا أو سواء ضيق على الناس بذلك أو لم يضيق لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصالحهم أشبه مساجدهم ويجوز الاتفاق بالعود في الواضع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضرب بالمارة لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعضاء على إقرار الناس على ذلك من غير أنكار، ولأن اتفاق الجميع من غير إضرار فلم يمنع منه كالأختيارات قال أحد فقهاء السابق إلى دكاكين السوق غدوة فهو له إلى الليل وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «منى مناخ من سبق» وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من باربعة وكساء ونحوه لأن الحاجة تدعو إليه من غير مضرة فيه، وليس له أن يبنى دكة ولا غيرها لأنه يضيق على الناس ويضرب بالمارة بالليل والضرير في الليل والنهار ويبنى على الدوام وزعموا (أدعى) ملكه بذلك والسابق أحق بهما كان فيه فإن قام وتزول مناعة فله لم يجز للغير أن يملكه لأن يملكه الأول

وكذلك حريمه وهو ماني الطين من كل جانب وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر وإنما هو حق من حقوق الملك وكذلك حريم البئر وهذا مذهب الشافعي، وظاهر قول الحنفي أنه مملوك لصاحبه لقول رسول الله ﷺ « من أحيا أرضاً لم تملك فهي له » وأحياؤها أن يحوط عليها حائطا أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حولها وحريم النهر يجب أن يكون كذلك. فإذا تقرر هذا فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لأنه إنما ملك بالهامة والعامة بالنفقة فإن كفى جميعهم فلا كلام وإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها جاز لأنه حقهم لا يخرج عنهم وإن تشاحوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك، فتؤخذ خشبة صلبة أو حجر مستوي الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض في مقدم الماء فيه حوز أو تقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك فإذا كان لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه جعل فيه ستة ثقوب لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد، وإن كان لواحد الخسان والباقي لاثنتين يتساويان فيه جهل عشرة ثقوب لصاحب الخمسين أربعة نصب في ساقيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة نصب في ساقية له فإن كان النهر لعشرة خمسة منهم أرض قرية من أول النهر والخمس أرض بعيدة

عليه وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأن يده قد زالت
 ﴿مسئلة﴾ (فإن طال مقامه منع في أحد الوجهين) لأنه يصير كالمملك ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاته (والثاني) لا يمنع لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم
 ﴿مسئلة﴾ (وإن سبق اثنان إليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما) فإن كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه وليس للإمام تمكينه بعوض ولا غيره (قال أحمد ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق قال القاضي هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذي المارة لما تقدم وقال لا يعجبني الطحن في العروب إذا كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري إنما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة في الماء قال أحمد ربما غرقت السفن فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها
 (فصل) وإن سبق إلى معدن فهو أحق بما ينال منه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » وسواء كان المعدن ظاهراً أو باطناً إذا كان في موات فإن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره منع من ذلك لأنه يضيق على الناس بما لا نفع فيه له أشبه ما لو وقف في مشرعة الماء لغير حاجة

﴿مسئلة﴾ (وهل يمنع إذا طال مقامه للاخذ؟ على وجهين)
 (أحدهما) يمنع لأنه يصير كالمملك والآخر لا يمنع لاطلاق الحديث، وإن استبق إليه اثنان أو أكثر وضاق المكان عنهما أفرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ويحتمل أن يقسم بينهما لأنه يمكن قسمته وقد

جعل لأصحاب القرية خمسة ثغوب لكل واحد ثقب وجعل للباقي خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم تقسم بينهم خمسة أخرى ، وإن أراد أحدهم أن يجري ماء في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز إلا برضاه لأنه يتصرف في ساقيته ويحرب حائتها بغير اذنه ويخلط حته بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك ، ويجيء على قولنا أن الماء لا يملك أن حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك ، وإن الأسبق أحق بالسقي منه ثم الذي يليه على ما ذكرنا لأنه غير مملوك فكان الأسبق إليه أحق به كما لو كان في نهر غير مملوك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو مما ذكرنا والله أعلم (فصل) وإذا حصل نصيب إنسان في ساقية فله أن يسقي به ما شاء من الأرض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن وله أن يعطيه من يسقي به ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب في هذا الماء لأن ذلك دال على أن لها قسما من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستغفر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ودار بابها في درب آخر غلرها ملاصق لظاهر داره الأولى فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى لم يجز لأنه يجعل لنفسه استطرافا من كل واحدة من الدارين

ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقي منه ما شاء كما لو انفرد به من أصله ولا نسلم ما ذكره في الدارين ، وإن سلمنا فافرق بينهما أن كل دار يخرج منها إلى درب آخر مشترك لأن تساويا فقسم بينهما كما أوتداعيا عينا في أيديهما ولا يئنه لأحدهما ويحتمل أن يقدم الإمام من يرى منها لأن له نظرا وذكر القاضي وجها رابعا وهو أن الإمام ينصب من يقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي (مسألة) (ومن سبق إلى مباح كصيد أو غنم وحطب وثمر ولقطة ولقطة وما ينبذه الناس رغبة عنه أو بضيم منهم مما لا تنبيه النفس وما يسقط من البلح وسائر المباحات فهو أحق به بأذن الإمام وغير اذنه أقول رسول الله ﷺ من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به ، وإن سبق إليه اثنان قسم بينهما لأن قسمته ممكنة فلا يؤخر حق أحدهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، وإن سبق إلى موات أو برعادية فهو أحق بها لما ذكرنا

(مسألة) ١ وإذا كان الماء في نهر غير مملوك كماء الأقطار فلن في أعلاه أن يسقي ويحبس الماء حتى يصل إلى الكعب ثم يرسل إلى من يليه)

وجملة ذلك أنه لا يخلو الماء من حالين إما أن يكون جاريا أو واقفا والجارى ضربان (أحدهما) أن يكون في نهر غير مملوك وهو قمان [أحدهما] أن يكون نهرا عظيما كالنيل والفرات الذي لا يستغفر أحد بالسقي منهما فهذا لا نزاع فيه ولكل أحد أن يسقي منهما متى شاء وكيف شاء

[القسم الثاني] أن يكون نهرا صغيرا يزدهم الناس فيه وينشاحون في مائه أو سبل يتشاج فيه أهل الأرضين الشاربة منه فيبدأ بمن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ الكعب ثم يرسل إلى الذي يليه فيصنع كذلك وعلى هذا حتى تنتهي الأراضي كلها فلن لم يفضل عن الأول شيء أو عن

الظاهر أن لكل دار سكانا فيجعل لسكان كل واحدة منها استطرافا إلى درب غير فائد لم يكن لهم حق في استطرافه وههنا إنما يستقي من ساقية المفردة التي لا يشاركه غيره فيها فلو صار لذلك الأرض وهم من الشرب من ساقية لم يتضرر بذلك أحد، ولو كان يستقي من هذا النهر بدولاب فأحب أن يستقي بذلك الماء أرضا لأرسم لها في الشرب من ذلك النهر فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في التي قبلها، وإن كان الدولاب يغرق من نهر غير مملوك جاز أن يستقي بنصيبه من الماء أرضا لأرسم لها في الشرب منه بغير خلاف نعمه فإن ضاق الماء قدم الأسبق فالأسبق على ما مضى

(فصل) وللكل واحد منهم أن يتصرف في ساقية المختصة به بما أحب من إجراء غير هذا الماء فيها أو عمل رحي عليها أو دولاب أو عبارة وهي خشبة تمد على طرفي النهر أو قطرة يعبر الماء فيها وغير ذلك من التصرفات لأنها ما يملكه لاجق لغيره فيها فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لأنه يتصرف في النهر المشترك وفي حريمه بغير إذنه شرعاً، وقال القاضي في العبارة هذا ينبغي على الروايتين فيمن أراد أن يجري ماء في أرض غيره، والصحيح أنه لا يجوز ههنا، ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره لأن إجراء الماء في أرض ينفع صاحبها لأنه يستقي عروق شجره وبشره أولاً وآخر أو هذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافته ولم يسق له شيئاً، ولو أراد أحد الشركا أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئاً يستقي به أرضاً في أول النهر أو غيره أو أراد أن يغير ذلك لم يجز لأنهم صادوا

أشياء أو من يليها فلا شيء للباقيين لأنهم ليس لهم إلا ما فضل لهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ولأنهم فيه يخالفوا لما روى عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاضع الزبير في شراج الحرة التي يستقون بها إلى النبي ﷺ قال ﷺ «اسق يا زبير ثم ارسل الماء إلى جارك» فغضب الأنصاري فقال يا رسول الله أن كان ابن عمك؟ فنزل وجه رسول الله ﷺ ثم قال «يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر» فقال الزبير فوالله اني لأحب هذه الآية نزات فيه (فلأوربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم) متفق عليه، وذكر عبد الرزاق عن معمر بن الزهري قال نظرنا في قول النبي ﷺ «ثم احبس حتى يبلغ الجدر» وكان ذلك إلى الكهين، قال أبو عبيد: الشراج بهم شرج والشراج نهر صغير والحرة أرض ملبسة بحجارة سود، والجدر الجدار وإنما أمر النبي ﷺ الزبير أن يستقي ثم يرسل تسيلاً على غيره فلما قال الأنصاري ما قال استقر في النبي ﷺ للزبير حقه

وروى مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر بن عمر بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سهل مهزوز ومذيئيب «يسلك حتى يبلغ الكهين» ثم يرسل الأعلى على الأسفل، قال ابن عبد البر: هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة يعملون به عندهم، قال عبد الملك بن حبيب: مهزوز ومذيئيب واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطار يتناسان أهل الحوائط في سيلهما

وروى أبو داود بإسناد عن ثعلبة بن أبي مالك أنه سمع كبراًهم يذكر أن رجلاً من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاضعهم إلى رسول الله ﷺ في مهزوز السيل الذي يقتسمون ماءه فنفق بينهم

أحق بالماء الجاري في هرهم من غيرهم ولأن الأخذ من الماء ربما احتاج إلى تصريف في حافة النهر المملوك
لغيره أو المشترك بينه وبين غيره ، ولو فاقنا ما ، هذا النهر إلى ملك إنسان فهو مباح كالطائر
يقتس في ملك إنسان وهذا كله مذهب الشافعي فيه نحو مما ذكرنا
(فصل) ولئن قسمنا ما النهر المشترك بالماء أياه جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما
مثل أن يجمعوا لكل حصه يوما وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل وأن قسموا النهار لجمعوا الواحد من
طلوع الشمس إلى وقت الزوال وللآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز ، وإن قسموه ساعات
وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسة مغمورة بترك في الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء إلى علامة
كانت ساعة وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين أو زجاجة فيها رمل ينزل من أعلاها إلى أسفلها
في ساعة أو ساعتين ثم يقلبها فيعود الرمل إلى الموضع الذي كان فيه في مثل ذلك المقدار أو بميزان
الشمس الذي تعرف به ساعات النهار أو بتأزل القمر في الليل ونحو ذلك جاز فإذا حصل الماء لأحدهم
في نوبته فإراد أن يسقي به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنسانا أو يرضه أياه على
وغيره لا يتصرف في حافة النهر جاز ، وعلى قول القاضي وأصحاب الشافعي ينبغي أن لا يجوز لما تقدم
في مثل ذلك ، وإن أراد صاحب النوبة أن يجري مع مائة ما ، له آخر يسقي به أرضه التي لها رسم شرب

رسول الله ﷺ أن الماء إلى الكعبين لا يحبس إلا على أعلى الأسفل ، ولأن من أرضه قريبة من رأس
النهر سبق إلى المسكن فكان أولى به كالسابق إلى المشرقة فإن كانت أرض صاحب الأعلى تخلفه

منها طالعه ومنها مبهمة في كل واحدة منهما إلى حدتها فإن استوى إثنان في القرب من أول النهر اقتسما
الماء بينهما إن أمكن والأفروع بينهما فتقدم من تقدم له الفرعة فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما سبق من
تقع له الفرعة فتقدم من الماء ثم تترك الآخر ، وليس له السقي بجميع الماء لمساواة الآخر له في استحقاق
الماء وإنما الفرعة لتقدم في استيفاء الحق لاني أصل الحق بخلاف الأعلى به الأسفل فإنه ليس إلا على
حق الأفي الغاضل عن الأعلى فإن كانت أرض أحدهما أكبر من أرض الآخر قسّم الماء بينهما على
قدر الأرض لأن الزائد من أرض أحدهما يساوي في القرب فامتدح جزءا من الماء كالماء كان الثالث

(مسئلة) فإن أراد إثنان أحدا أرضا يسقى بها النهر جاز للمفسر بأهل الأرض الشارقة منه
إن كانا جماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سبل فجاء إثنان يسقي موانا أقرب من رأس
النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقي قدام لا يسم رأسه إلى النهر منه ولأن من ملك أرضا ملكها بحقوقها
ومرقتها ولا يملك غيره إبطال حقوقها ومغل من حقوقها ، وهذا لهم منافع من أحياء ذلك الموات وفيه
وجوهان (أحدهما) ليس لهم منه لأن جهة في النهر لاني الموات (والثاني) لهم منه لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم
حقوقهم من السقي لتقدم عليهم في القرب إذا طال الزمن وجرا الحال ، فإذا قلنا ليس لهم منفعته فحق إلى سبيل
ما لو هو غير مملوك فأجما في أسفله جوازا لهم آخر فوقهم أحياء ثالث فرق الثاني كان للأسفل النقي أولهم
الثاني ثم الثالث ، ويقدم السقي إلى الأحياء على الحق إلى أول النهر لما ذكرنا

من هذا النهر أو أرضا له أخرى أو سأله إنسان أن يجري ماء له مع مائه في هذا النهر ليقاسمه إياه في موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فانهم قالوا فيمن استأجر أرضا جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور إذا كان فيها ولأنه مستحق لنفع النهر في نوبته بأجراء الماء فأشبهه ما لو استأجرها لذلك

(فصل) (التسم الثاني) أن يكون منبع الماء مملوكا مثل أن يشترك جماعة في استنباط عين وأجرائها فانهم بما كونها أيضا لأن ذلك أحياء لها ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في التسم الذي قبل هذا إلا أن الماء غير مملوك ثم لأنه مباح دخل ملكه فأشبهه ما لو دخل صيد بستانه، وههنا يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضا وقد ذكرنا ذلك، وعلى كل حال فلكل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذنه إذا لم يدخل إليه في مكان محوط عليه، ولا يحل لأصاحبه المنع من ذلك لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكهم ولهم عذاب اليم: رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل» رواه البخاري، وعن بهيسة عن أبيها أنه قال يابني الله ما الشيء الذي لا يحل منه؟ قال «الماء» قال يابني الله ما الشيء الذي لا يحل منه؟ قال «الملح» قال يابني الله ما الشيء الذي لا يحل منه؟ قال «أن تفعل الخير خير لك» رواه أبو داود ولأن

(فصل) الضرب الثاني الجاري في نهر مملوك وهو قسمان (أحدهما) أن يكون الماء مباح الأصل مثل أن يحفر إنسان نهرا صغيرا يتصل بنهر كبير مباح فلم يتصل الحفر لا يملكه وإنما هو تحجر وشروع في الأحياء فإذا اتصل الحفر ملكه لأن الملك بالأحياء إن تنتهى العارة إلى قصد ما بحيث يتكرر الانتفاع بها على ضرورتها وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجزه لأن الأحياء يحصل بهئته للانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكا لقرار النهر وحافته، وهو آؤه حق له وكذلك حريمه وهو ما في الطين من جوانبه، وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر وإنما هو حق من حقوق الملك، وظاهر قول الحنفي أنه مملوك لغير صاحبه قياسا على قوله في حريم البئر أنه يملكه. إذا تقرر ذلك فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لأنه إنما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة، فإن كفي جميعهم فلا كلام وإن لم يكفهم فتراضوا على قسمته بالمبايعة أو غيرها جاز لأن حقهم لا يخرج عنهم، وإن تشاحوا فيه فلهما الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك فتؤخذ خشبة أو حجر مستوى الطرفين والوسط فتوضع على موضع مستو من الأرض فيصدم الماء فيه حوز أو ثقب أو ثقب متسارية في السعة على قدر حقوقهم من كل حوز أو ثقب ساقية مفردة لكل واحد منهم فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك، فإذا كان لأحدهم نصفه ولثاني ثلثه ولثالث سدسه جعل فيه ستة ثقب: لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب

ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر، فلما ما يؤثر فيه كسقي الماشية الكثيرة ونحو ذلك فإن فضل الماء عن حاجة عن صاحبه تزمه بذلك وان لم يفضل لم يلزمه وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضع .

(فصل) اذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين جماعة فإن أرادوا إكراهه أو سد بقى فيه أو إصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكل في إكراهه وإصلاحه إلى أن يصلوا إلى الأول ثم لا شيء على الأول ويشترك الباقيون حتى يصلوا إلى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء وبهذا قال الشافعي وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يشترك جميعهم في إكراهه كله لأنهم ينتفعون بجميعه فإن ما جاوز الأول مصب لمائه وإن لم يسق أرضه

ولنا أن الأول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفقه فإن كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج إلى مصرف فؤنة ذلك المصرف على جميعهم لأنهم يشتركون في الحاجة إليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله .

قدس واحد، فإن كان لواحد الحسان والبقى لاثنتين على السوا جعل عشرة نقوب لصاحب الحسين أربعة نصب في ساقية، ولكل واحد من الآخرين ثلاثة، فإن كان النهر لعشرة — خمسة منهم أراض الرية من أول النهر والخمسة أراض بعيدة جعل لأصحاب القرية خمسة نقوب لكل واحد نقب وجعل للباقيين خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم، ثم تقسم بينهم خمسة أخرى فإن أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز بغير رضاه لأنه يتصرف في ساقية ويخرب حاجتها بغير إذنه ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك، ويجزي على قولنا إن الماء لا يملك أن يحكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك وإن الأسبق أحق بالسقي ثم الذي يليه على ما ذكرنا، ومذهب الشافعي في هذا الأصل كله على نحو ما ذكرنا

(فصل) وإذا حصل نصيب إنسان في ساقية فله أن يسقي به ماشاء من الأرض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن، وله أن يعطيه من يسقي به، وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب من هذا الماء لأن ذلك دال على أن لها قسما من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشراكا، وبصر هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظاهر الدار الأولى فأراد تنفيذ إحداها إلى الأخرى لم يجز لأنه يجعل لنفسه استطرافا من كل واحدة من الدارين

ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه فكان له أن يسقي به ماشاء كما لو انفرد به من أصله ولا نسلم

(مسئلة) قال (واحياء الارض أن يحوط عليها حائطا)

ظاهر كلام الحرقى أن تحوط الارض احياء لها سواء أرادها لبناء أو لزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غير ذلك ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال احياء أن يحوط عليها حائطا ويحفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال « من أحاط حائطا على أرض فهي له » رواه أبو داود والامام أحمد في مسنده ، وروى عن جابر عن النبي ﷺ مثله ، ولأن الحائط حاجز منيع فكان احياء أشبه ما لوجعلها حظيرة للغنم وبين هذا أن القصد لا اعتبار به بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم فبنائها بحص وأجر وقسمه أيوتأفانه يملكها وهذا لا يصنع للغنم مثله ، ولا بد أن يكون الحائط منيعا بمنع ما وراءه ويكون مما جرت العادة به مثله ويختلف باختلاف البلدان فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها كاهل حوران وفلسطين أو بالطين كالغنائر لاهل غوطة دمشق أو بالخشب أو بالقصب كاهل الغور كان ذلك احياء ، وإن بناء برفع مما جرت به عادته كان أولى ، وقال القاضي في صفة الاحياء روايتان (احدهما) ما ذكرنا (والثانية) الاحياء ما تعارفه الناس احياء لان الشرع ورد بتعلق الملك على الاحياء ولم يبينه ولا ذكر كيفية فيجب الرجوع فيه إلى ما كان احياء في العرف كما انه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفية كان المرجع فيه إلى العرف ، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسمه لتعلق بمسماه عند أهل البلدان فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى احياء عند أهل العرف ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم

ما ذكره في الدارين وإن سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها إلى درب مشترك لأن الظاهر أن لكل دار سكانا فيجعل سكان كل واحدة منهما استطرافا إلى درب غير نافذ لم يكن لهم حق في استطرافه وهما إنما يسقي من ساقية المفردة التي لا يشاركه غيره فيها، ولو صار لتلك الارض رسم من الشرب من ساقية لم يتضرر بذلك أحد، ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقي بذلك الماء أرضا لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف، وإن كان الدولاب يعرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقى بنصيبه من الماء أرضا لا رسم لها في الشرب منه بغير خلاف نعلمه فإن ضاق الماء قدم السابق فالسابق على ما مضى

(فصل) ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقية المختصة به بما أحب من إجراء ماء غير هذا الماء فيها أو عمل رعى عليها أو دولاب أو عبارة وهي خشبة تمتد على طرفي النهر أو قطرة يعبر فيها الماء أو غير ذلك من التصرفات لأنها ملكه ولا جق فيها لغيره فالما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لأنه تصرف في النهر المشترك أو في حريمه بغير إذن شركائه وقال القاضي في العبارة هذا ينبني على الروايتين فيمن أراد أن يجري ماءه في أرض غيره والصحيح أنه

لا يملق حكما على ما ليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعيين العرف طريقا لمعرفته اذ ليس له طريق سواء . اذا ثبت هذا فان الارض تحي دارا لسكنى وحظيرة ومزرعة فاحياء كل واحدة من ذلك بتهيئتها الارتفاع الذي أريدت له ، فأما الدار فبأن يبني حيطانها بما جرت به العادة وتسقيها لانها لا تكون تسكنى الا بذلك .

وأما الحظيرة فاحياءها بمحاطة جرت به عادة مثلها وليس من شرطها التسقيف لان العادة ذلك من غير تسقيف وسواء أرادها حظيرة للماشية أو لخشب أو الحطب أو نحو ذلك ، ولو خندق عليها خندقا لم يكن احياء لانه ليس بمحاطة ولا عمارة انما هو حفر وتخريب ، وإن حاطها بشوك وشبهه لم يكن احياء وكان تحجرا لأن المسافر قد ينزل منزلا ويحوط على رحله بنحو من ذلك ، ولو نزل منزلا فنصب به بيت شعر أو خيمة لم يكن احياء ، وإن أرادها للزراعة فبأن يهيئها لامكان الزرع فيها ، فان كانت لا تزرع الا بالماء فبأن يسوق اليها ماء من نهر أو بئر وإن كانت مما لا يمكن زرعها لكثيرة أحجارها كأرض الحجاز فبأن يقيم أحجارها وينقيها حتى تصلح للزرع ، وإن كانت غياضا وأشجارا كأرض الشعري فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها التي تمنع الزرع ، وإن كانت مما لا يمكن زرعها الا بمحس الماء عنها كأرض البطائح التي يفسدها غرقها بالماء . لكثرتة فاحياءها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها لان بذلك يمكن الارتفاع بها فيما أرادها من غير حاجة الى تكرار ذلك في كل عام فكان احياء كسوق الماء الى الارض التي لا ماء لها

لا يجوز هنا ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره لان إجراء الماء في أرض ينفع صاحبها لانه يسقي عروق شجره ويشربه أولا وآخرأ وهذا لا ينفع النهر بل ربما أنسد حافته ولا يسقي له شيئا ، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمته شيئا يسقي به أرضا في أول النهر أو في غيره أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجوز لانهم صاروا أحق بالماء الخاص في نهرهم من غيرهم ولان الأخذ من الماء ربما احتاج إلى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره أو المشترك بينه وبين غيره ، ولو فاض ماء هذا النهر الى أرض إنسان فهو مباح كالطائر يعيش في ملك إنسان ومذهب الشافعي في ذلك على نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة جاز اذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما مثل أن يجعلوا لكل حصاة يوما وليلة ، وان قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى الزوال وللآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز ، وان قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء . معلوم جاز فاذا حصل الماء لاحد في نوبته فأراد أن يسقي به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنسانا أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز وعلى قول القاضي وأصحاب الشافعي ينبغي أن لا يجوز لما تقدم ، وان أراد صاحب النوبة أن يجري مع مائه ماء له آخر يسقي

ولا يعتبر في احياء الارض حرثها ولا زرعها لان ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها فلم يعتبر في الاحياء كنعيتها وكالسكنى في البيوت ، ولا يحصل الاحياء بذلك اذا فعله لمجرد ما ذكرنا ولا يعتبر في احياء الارض للسكنى نصب الابواب على البيوت وبهذا قال الشافعي فيما ذكرنا في الرواية الثانية الا أن له وجها في أن حرثها وزرعها احياء لها وان ذلك معتبر في احيائها ولا يتم بدونه ، وكذلك نصب الابواب على البيوت لانه مما جرت العادة به فأشبه التسقيف ولا يصح هذا لما ذكرنا ، ولان السكنى ممكنة بدون نصب الابواب فأشبه تطيين سطوحها وتبييضها

(مسئلة) قال (أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حواليتها، وإن سبق إلى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعاً)

البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة الى عاد ولم يرد عاداً بعينها لكن لما كانت عاد في الزمن الاول وكانت لها آثار في الارض نسب اليها كل قديم فشكل من حفر بئراً في موات فتتمليك فله حريمها خمس وعشرون ذراعاً من كل جانب ومن سبق الى بئر عادية كان أحق بها بقول النبي ﷺ « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له وله حريمها خمسون ذراعاً من كل جانب » نص احمد على هذا في رواية حرب وعبد الله واختاره أكثر أصحابنا ، وقال القاضي وابو الخطاب ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج اليه في ترقية ماؤها فان كان بدولاب فقد مد الثور

به أرضه التي لها رسم شرب من النهر أو أرضاً له أخرى أو سأله إنسان أن يجري له ماء مع مائه في هذا النهر ليقاسمه إياه في موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بإحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فانهم قالوا فيمن استأجر أرضاً جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور إذا كان فيها ولا لانه مستحق لنعم النهر في نوبته باجراء الماء فأشبه ما لو استأجرها لذلك .

(فصل) القسم الثاني أن يكون منبع الماء مملوكاً مثل ان اشترك جماعة في استنباط عين وإجرائها فانهم يملكونها أيضاً لان ذلك احياء لها ، ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في النهر في القسم الذي قبله الا أن الماء غير مملوك ثم لانه مباح دخل ملكه فأشبهه ماله دخل بستانه صيد ، وهما يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضاً وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيع وعلى كل حال فشكل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في اشياء ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذنه اذا لم يدخل اليه في مكان محوط عليه ولا يحصل لصاحبه المنع من ذلك لما روي أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يزكهم ولهم عذاب أليم رجل كان يفضل ماء بالطريق فمعه ابن السبيل » رواه البخاري وعن هيسة عن أبيها أنه قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحمل منعه ؟ قال الماء قل يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحمل منعه ؟ قال

أو غيره ، وإن كان بساقية فبقدر طول البئر لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « حريم البئر مد رعائها » أخرجه ابن ماجه ولأنه المسكن الذي تمشي اليه البهيمة ، وإن كان يستقي منها بيده فبقدر ما يحتاج اليه الواقف عندها ، وإن كان المستخرج عينا فحريمها القدر الذي يحتاج اليه صاحبها للانتفاع بها ولا يستنصر بأخذه منها ولو على الف ذراع ، وحريم البئر من جانبيه ما يحتاج اليه ل طرح كرايته بحكم العرف في ذلك لأن هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ، وقال أبو حنيفة حريم البئر أربعون ذراعاً ، وحريم العين خمسةائة ذراعاً لأن أبا هريرة روى عن النبي ﷺ أنه قال « حريم البئر أربعون ذراعاً لا عطان الأبل والغنم » وعن الشعبي مثله رواه أبو عبيد

ولنا ما روى الدارقطني والحلال بأسنادهما عن النبي ﷺ أنه قال « حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً وحريم البئر العادي خمسون ذراعاً » وهذا نص ، وروى أبو عبيد بأسناده عن يحيى ابن سعيد الانصاري أنه قال السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً والبدي خمس وعشرون ذراعاً ، وبأسناده عن سعيد بن المسيب قال حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً من نواحيها كلها وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراعاً من نواحيها كلها وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً من نواحيها كلها ولأنه معنى يملك به الموات فلا يرفع على قدر الحاجة كالحائط ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فإنه يحتاج إلى ما حولها عطناً لا لله وموقفاً لدوابه وغنمه وموضعا يجعل فيه أحواضاً يستقي منها ما يشتهي ، وموقفاً لدابته التي يستقي عليها وأشباه ذلك فلا يختص الحريم بما يحتاج اليه لترقية الماء ، وأما حديث أبي حنيفة

« المالح » قال يانبي الله ما لشيء الذي لا يخل منه ؟ قال « أن تفعل الخير خير لك » رواه أبو داود ولأن ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، وأما ما يؤثر كسقي الماشية لكثيرة فإن فضل عن حاجته لزمه بذلك والالم يارزمه وقد ذكرناه

(فصل) إذا كان النهر أو الساقية مشتركة بين جماعة فأرادوا إكراهه أو سد بثق فيه أو إصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكل في إصلاحه وإكراهه إلى أن يصلوا إلى الأول ثم لا شيء على الأول وبشترك الباقيون حتى يصلوا إلى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء وبهذا قول الشافعي وحكي عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يشترك جميعهم في إكراهه كله لأنهم ينفقون بجبههه فإن ما جاوز الأول مصب لمائه وإن لم يسق أرضه

ولنا أن الأول إنما ينفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفعه فإن كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج إلى مصرف فؤنته على جميعهم لا اشتراكهم في الحاجة اليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كالمأكول

فخذنا أصبح منه ورواها ابو هريرة فيدل على ضعفه. اذا ثبت هذا نظاهر كلام الحرقى ان هذا الحريم مملوك لصاحب البئر، وعند الشافعي والشافعي ليس بمملوك وقد سبق ذكر هذا (فصل) ولا بد أن يكون البئر فيها ماء، وان لم يصل الى الماء، فهل كالمتهجر الشارع في الاحياء على ما قدمناه ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية على البئر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها او انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك احياء لها، وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لاحد احتجاره ومنعه لانه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفع بها الناس وهكذا العيون النابتة ليس لاحد أن يختص بها، ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها او لينتفع هو بها مدة اقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها فاذا تركها صارت للمسلمين كاهم كالمعادن الظاهرة وما دام مقبلاً عندها فهو أحق بها لانه سابق اليها فهو كالمتهجر الشارع في الاحياء.

(فصل) واذا كان لانسان شجرة في موات فله حريمها قدر ما تمس اليه أغصانها حوالها وفي النخلة مد جريدتها لما روى ابو داود باسناده عن أبي سعيد قال اختصم الى النبي ﷺ في حريم نخلة فأمر بجريدة من جرائدها فذرعت فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع قضى بذلك وان غرس شجرة في موات فهي له وحريمها وان سبق الى شجرة مباح كزيتون والخروب فسقاه وأصلحه فهو أحق به كالمتهجر الشارع في الاحياء فان طعمه ملكه بذلك وحريمه لانه تهيأ للانتفاع به لما يراد منه فهو كدوق الماء الى الارض الموات ولقول النبي ﷺ « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به »

(مسئلة) (وللامام أن يحمي أرضاً من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها مالم يضيق على الناس، ولا يجوز ذلك لغيره)

معنى الحى أن يحمي أرضاً يمنع الناس رعي خشيشها يختص بها وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا اتجمع بلداً أقام كلباً على نشر ثم استعواء ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيث انتهى صوته حواه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع الناس فيما سواه فنهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضيق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق فروى الصيب بن جثامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا حى إلا لله ورسوله » رواه ابو داود وقال عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاث في الماء، والنار، والكلاء » رواه الخلال فليس لاحد من الناس أن يحمي سوى الأئمة لما ذكرنا من الخبر والمعنى، فأما النبي ﷺ فقد كان له أن يحمي لنفسه وللمسلمين اتوله « لا حى إلا لله ورسوله » ولم يحم لنفسه شيئاً وإنما حى للمسلمين فروى ابن عمر قال حى النبي ﷺ النقيع لحبل المسلمين رواه أبو عبيد والنقيع بالنون موضع ينتقم فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان الماء الذي يصير فيه، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لانفسهم شيئاً ولكن لهم أن يحموا مواضع ترعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وضوال

(فصل) ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق اليها ماء البئر الاولى فليس له ذلك سواء كان محفراً اثنائية في ملكه مثل رجلين متجاورين في دارين حفر أحدهما في داره بئراً ثم حفر الآخر بئراً أعمق منها فسرى اليها ماء الاولى أو كانتا في واد فبقى أحدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً فنجذب ماء الاولى ورواق الشافعي في هذه الصورة الثانية لانه ليس له ان يبتدي ملكه على وجه يضر بالمالك قبله وقال في الاولى له ذلك لانه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله كتعليبه داره، وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره مثل ان يجعل داره مدبغة أو حماماً يضر بعقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانها أو يحفر في أصل حائطه حشاً يتأذى جاره برائحته، وغيرها أو يجعل داره مخبزاً في وسط الطارين ونحوه من ما يؤذي جيرانه فلا يحل له ذلك وقال الشافعي له ذلك كله لانه تصرف مباح في ملكه أشبه ببناءه وتقضه

ولنا قول النبي ﷺ لا ضرر ولا اضرار ولا يحدت ضرر بجاره فلم يجوز كاللق الذي يهز الحيطان ويخرجها وكالتقاء السماد والتراب ونحوه في أصل حائطه على وجه يضر به ولو كان لرجل مصنع ماء فأراد جاره غرس شجرة تين أو نخرها مما تسري عروق فتشق حائطه مصنع جاره ويتأذى لم يملك ذلك ركان لجاره نعمه وقلمها ان غرسها، ولو كان هذا الذي يحصل منه الضرر سابقاً لم يكن له في ملكه مدبغة أو مقصورة فأحيا انسان الى جانبه وانا وبناء داراً يتضرر بذلك لم يازم ازالة الضرر بغير خلاف نعمه لانه لم يحدث ضرراً والله تعالى أعلم

الناس التي يقوم الامام بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوله، وقال في الآخر ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي لقوله « لا حى إلا لله ولرسوله » ووجه الاول أن عمر وعثمان حياً واشتهر ذلك في الصحابة فلم يشكر عليهما فكان اجماعاً فروى أبو عبيد باسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال أنى اعرابي عمر فقال يأمر المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام علام ؟ تحميتها قال فاطرق عمر وجعل ينفخ ويبتل شاربه وكان إذا كرهه أمر فتل شاربه ونفخ فلما رأى الاعرابي ما به جعل يردد ذلك فقال عمر المال مال الله والعباد عباد الله والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما هبت من الارض شبراً في شبر . قال مالك بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفاً من الظهر، وعن أ-لم قال سمعت عمر يقول لمنني حين استعمله على حى الرتبة يا منني اضم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فانها مجابة وأدخل رب العريضة والغنيمة ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما إن هلكتا ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع وان هذا المسكين ان هلكت ماشيته جاء يصرخ بأمر المؤمنين قال كلاً أهون علي أم غرم الذهب والورق انها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام وانهم ليرون أنا نذلهم ولولا النعم التي نحمل عليها في سبيل الله

(مسئلة) قال (وسواء في ذلك ما أحياه أو سبق اليه باذن الامام أو غير اذنه)

ونجمله ذلك ان احياء الموات لم يفتقر الى اذن الامام وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يفتقر الى اذنه لان الامام مدخلا في النظر في ذلك بدليل ان من تاجر مواتا فلم يحبه فانه يطالبه بالأحياء أو الترك فانفتقر الى اذنه بكل بيت المال .

ولنا عموم قوله عليه السلام «من احيأ أرضا فهي له» ولان هذه عين مباحة فلا يفتقر تملكها الى اذن الامام كاختد الحشيش والحطب ، ونظر الامام في ذلك لا يدل على اعتبار اذنه الا ترى ان من وقف في مشرعة طالبه الامام ان يأخذ حاجته وينصرف ولا يفتقر ذلك الى اذنه ، وأما مال بيت المال فانها هو مملوك للمسلمين والامام ترتيب مصارفه فانفتقر الى اذنه بخلاف مسئلتنا فان هذا مباح فمن سبق اليه كان أحق الناس به كالحشيش والحطب والصبود والنار المباحة في الجبال

(فصل) فأما ما سبق اليه فهو الموات اذا سبق اليه فتحجره كان أحق به ، وان سبق الى بشر غاية فترع فيها يعمرها كان أحق بها ، ومن سبق الى مقاعد الاسواق والطرق أو مشاريع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة وكل مباح مثل الحشيش والحطب والثمار المأخوذة من الجبال وما ينبذه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس واللقطة والقبط وما يسقط من الثالج وسائر المباحات من سبق الى شيء من هذا فهو أحق به ولا يحتاج الى اذن الامام ولا اذن غيره لقول النبي ﷺ «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به» والله الموفق

لما جئت على الناس من بلادهم شيئا أبدا وهذا اجماعهم منهم ولان ما كان لمصالح المسلمين قامت الائمة فيه مقام رسول الله ﷺ فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «ما أطعم الله نبي طعمة الا جعلها طعمة من بعده» والخبر مخصوص وما حماء لنفسه يفارق حتى النبي ﷺ لنفسه لان صلاحه يعود الى صلاح المسلمين وماله كان يرد على المسلمين ، وليس لهم أن يحرموا الا قدراً لا يضيق عن المسلمين ويضرهم لانه إنما جاز لما فيه من المصلحة لما يحرم وليس من المصلحة ادخال الضرر على أكثر الناس

(مسئلة) (وما حماء النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة اليه)

لان ما حكم به النبي ﷺ نص لا يجوز نقضه بالاجتهاد ومن احيأ منه شيئا لم يملكه وان زالت الحاجة اليه ففي وجهان أصحهما أنه لا يجوز نقضه لما ذكرنا ، فأما ما حماء غيره من الائمة فغيره هو أو غيره من الائمة جاز ، وان احيأ انسان مملوكه في أحد الوجهين لان حتى الائمة اجتهاد وملك الارض بالامياء نص والنص يقدم على الاجتهاد والوجه الآخر لا يملكه لان اجتهاد الامام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض سكه والاول أولى لان الاجتهاد في حماء في تلك المدة دون غيره ولهذا ملك الحامي نقضه ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما ذكرنا

كتاب الوقوف و العطايا

الوقوف جمع وقف يقال منه وقفت وقفاً ولا يقال أوقفت الا في شاذ اللغة ويقال حبست وأحبست وبه جاء الحديث « ان شئت حبست أصلها وتصدق بها » والعطايا جمع عطية مثل خلية وخلايا ، وبلية ولأيا والوقف مستحب ومعناه تحييس الاصل وتسجيل الثمرة والاصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال : أصاب عمر أرضاً بخير فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يا رسول الله اني أصبت أرضاً بخير لم أصب قط مالا أنفس عدي منه فما تأمرني فيها ؟ فقال « ان شئت حبست أصلها وتصدق بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف ، لاجتراح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير متائل فيه أو غير متمول فيه . متفق عليه .

وروي عن النبي ﷺ أنه قال « اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف . قال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة الا وقف ، ولم ير شريح الوقف وقال لا يسب عن فرائض الله قال أحمد وهذا مذهب

كتاب الوقف

وهو تحييس الاصل وتسجيل المنفعة وهو مستحب ، والاصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال أصاب عمر أرضاً بخير فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يا رسول الله اني أصبت أرضاً بخير لم أصب قط مالا أنفس عدي منه فما تأمرني فيها ؟ قال « ان شئت حبست أصلها وتصدق بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف لاجتراح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير متائل فيه أو غير متمول فيه متفق عليه .

وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به من بعده أو ولد صالح يدعو له » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ورواه مسلم (فصل) والقول بصحة الوقف قول أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم ، قال جابر لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ذو مقدرة الا وقف ولم ير شريح وقال لا حبس عن فرائض الله قال أحمد هذا مذهب أهل الكوفة وحديث ابن عمر حجة على من خالفه وهو صريح في الحكم مع صحته وقول جابر ثقل للاجماع فلا يلتفت الى خلاف ذلك

أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرد الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكام بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس وخالفه أصحابه فقالوا كقول سائر أهل العلم

واحتج بعضهم بما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فردده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورهما ، رواه المحامي في أماليه ، ولأنه أخرج ماله على وجه القرية من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ واجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن النبي ﷺ قال لعمر في وقفه « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال الترمذي رحمه الله : العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم لأنهم يبين أحد من المتقدمين منهم في ذلك اختلافا

قال الحميدي تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان بزومة ، وتصدق علي بأرضه بينبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده ، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمر بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم

مسئلة وفيه روايتان احدهما أنه يحصل بالقول والفعل الدال عليه مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن لهم في الدفن فيها أو سقاية ويشرعها لهم ظاهر المذهب أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه التي ذكرناها قال أحمد في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن أدخل بيتاً في المسجد وأذن فيه : لم يرجع فيه وكذلك إذا اتخذ المقابر وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع هذا قول أبي حنيفة ، والرواية الأخرى لا يصح إلا بالقول ذكرها القاضي وهو مذهب الشافعي وأخذه القاضي من قول أحمد إذ سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجمعها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال ان كان جعلها لله فلا يرجع

قال شيخنا وهذا لا ينافي الرواية الأولى فإنه ان أراد بقوله ان كان جعلها لله أي نوى بتحويلها جعلها لله فهذا تأكيد للرواية الأولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويل مع النية وان أراد بقوله جعلها لله أي اقترنت بفعله قرائن دالة على إرادة ذلك مع أذنه للناس في الدفن فيها فهو الرواية الأولى بعينها وان أراد إذا وقفها بقوله فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويل والنية وهذا لا ينافي الرواية الأولى لانه في الأولى انضم إلى فعله ، أذنه للناس في الدفن ولم يوجد هنا فلا تنافي بينهما ولم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فاتفقت هذه الرواية وصار المذهب رواية واحدة واحتجوا بأن هذا تحبيس على وجه القرية فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء

وقال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة الا وقف وهذا اجماع منهم فان الذي قدر منهم على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان اجماعاً ، ولانه إزالة ملك يلزم بالوصية فاذا نبهه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق . وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف والظاهر أنه جعله صدقة غير مرقوف استناب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها اليها ولهذا لم يردّها عليه انما دفعها اليها ويحتمل أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير اذنها فلم ينفذه وأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فردّه اليها والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم وانما تنقصر الى القبض والوقف لا ينتقل اليه فانقرا .

❦ مسألة ❦ قال أبو القاسم رحمه الله عليه (ومن وقف في صحة من عقله وبدنه على قوم وأولادهم وعقبتهم ثم آخره للمساكين فقد زال ملكه عنه)

في هذه المسألة فصول ثلاثة (أحدها) أن الوقف اذا صح زال به ملك الواقف عنه في الصحيح من المذهب وهو المشهور من مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة ، وعن أحمد لا يزول ملكه وهو قول

ولنا أن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز ان يثبت به كالقول وجرى مجرى من قدم الى ضيفه طعاماً كان اذنأ في أكله ومن ملأ خاية ماء على الطريق كان تسبيلاً له ومن نثر تاراً كان اذنأ في أخذه كذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير اذن مباح بدلالة الحال وقد ذكرنا في البيع أنه يصح بالمعاطة وكذلك الهبة والهدية لدلالة الحال كذلك هذا وأما الوقف على المساكين فلم تجز به عادة بغير لفظ ولو كان شيء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كمسائلنا

❦ مسألة ❦ وصريحه وقفت وسبلت وحسبت فتى أتى بواحدة منها صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد لان هذه الالفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم الى ذلك عرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمر « ان شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها » فصارت هذه الالفاظ في الوقف كلفظ التطلق في الطلاق والكناية تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة لان لفظة الصدقة والتحريم مشتركة فان الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات والتحريم يستعمل في الظهار والإيمان ويكون تحريماً على نفسه وعلى غيره ، والتأييد يحتمل تأييد التحريم وتأييد الوقف فلم يثبت لهذه الالفاظ عرف الاستعمال فلا يصح الوقف بمجرد ككنايات الظهار فاذا انضم اليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها

(أحدها) أن ينوي الوقف فيكون على ما نوى إلا أن التية تجعله وقفاً في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع عليها فان اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره ، وإن قال ما أردت الوقف فالقول قوله لانه أعلم بما نوى

مالك ، وحكي قولنا أشانعي رضي الله عنه لقول النبي ﷺ « حبس الأصل وسبل الثمرة » ولنا أنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فأزال الملك كالعق ، ولأنه لو كان ملكاً لرجعت إليه قيمته كملك المطلق ، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوباً لا يباع ولا يوهب ولا يورث وفائدة الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاةه والحصومة فيه وبمقتضى أن يلزمه إرث جنايته كما يفندي أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك

(الفصل الثاني) أن ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به لأن الوقف يحصل به ، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده وقال الوقف المعروف أن يخرج من يده إلى غيره ويوكل فيه من يقوم به اختياره ابن أبي موسى وهو قول محمد بن الحسن لأنه تبرع بماله لم يخرج من المالك فلم يلزم بمجرد كالمبة والوصية

ولنا ما روينا من حديث عمر ، ولأنه تبرع بمنع البيع والمبسة والميراث فلم يلزم بمجرد كالعق ويفارق المبة فإنها تمليك مطلق والوقف تحبس الأصل وتسبيل المنفعة فهو بالعق أشبه فالحق به أولى (الفصل الثالث) أنه لا يفتقر إلى القبول من الموقوف عليه ذكره القاضي ، وقال أبو الخطاب إن كان الوقف على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقنابر لم يفتقر إلى قبول ، وإن كان على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجان (أحدهما) اشتراطه لأنه تبرع لا دمي

(الثاني) أن يضيف إليها لفظة تخلصها من الألفاظ الخمسة فيقول صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة أو محرمة أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة (الثالث) : أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك .

﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح الوقف إلا بشروط أربعة : (أحدها) أن يكون في عين يجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها كالحبوان والبقر والائاث والسلاح) وجملة ذلك أن الذي يصح وقفه مباح بيعه مع بقاء عينه وكان أصلاً يبق بناء متصلاً كالقنار والحبوان والسلاح والائاث وأشبه ذلك

قال أحمد في رواية الأثرم إنما الوقف في الدور والأرضين على ما وقف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد : لا بأس به ، وهذا قول الأئمة ، وقال أبو يوسف لا يجوز وقف الحبوان ولا الرقيق ولا العروض إلا الكراع والسلاح والغلمان والبقر والآلة في الأرض الموقوفة تبماً لها لأن هذا حيوان لا يقابل عليه فلم يجوز وقفه كما لو كان الوقف إلى مدة ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أما خالد فإنه قد احتبس أذراعه واعتاده في سبيل الله » متفق

معين فكان من شرطه القبول كالمبة والوصية بحقه أن الوصية إذا كانت لأدعي معين وقفت على قوله وإذا كانت لغير معين أو لمسجد أو نحوه لم تنقتر إلى قبول كذا ههنا

(والوجه الثاني) لا يشترط القبول لأنه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر، ولأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه القبول كالعتق وبهذا فارق الهبة والوصية والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم إلا أنه مرتب نصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله والوصية للمعين بخلافه وهذا مذهب الشافعي فإذا قلنا لا يفتقر إلى القبول لم يبطل برده وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً كالعتق، وإن قلنا يفتقر إلى القبول فردده متى وقف عليه بطل في حقه وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق المنفعة فإن قلنا بصحته قبل ينتقل في الحال إلى من بعده أو يصرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن يموت الذي رده ثم ينتقل إلى من بعده؟ على وجهين وسنذكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء إن شاء الله تعالى

(فصل) وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب، قال أحمد إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم مملوكه

عليه وفي رواية أعتده أخرجه البخاري قال الخطابي الاعتاد ما يعده الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد، وروي أن أم معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جمل ناضحه في سبيل الله وأنا أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ «أركبه فإن الحج والعمرة من سبيل الله» ولأنه يحصل فيه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالعتار والفرس الحيس أو نقول يصح وقفه مع غيره فصح وحده كالعتار

(فصل) قال أحمد رحمه الله في رجل له دار في الرض أو قطعة فاراد التنزه منها قال يقفها وقال القطائع ترجع إلى الأصل أراد جعلها للمساكين فظاهر هذا إباحة وقف السواد وهو في الأصل وقف ومعناه أن وقفها يطابق الأصل لأنها تصير بهذا القول وقفاً

﴿مسئلة﴾ ويصح وقف المشاع وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناء على أصله في أن القبض شرط وهو لا يصح في المشاع

ولنا أن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خير فاستأذن النبي ﷺ فيها فأذن له في وقفها وهذا صفة المشاع ولأنه تعد يجوز على بعض الجملة مقررراً فجاء عليه مشاعاً كالبيع ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المقرر ولا نسلم اعتبار القبض وإن سلمنا فهو يصح في الوقف كما يصح في البيع

وروي عن أحمد أنه لا يملك فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز لانه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة وإنما ينتفعون بثلثها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ويحتمل أن يزيد بقوله لا يملكون أي لا يملكون التصرف في الرقبة فإن فائدة الملك وأثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه ، وقال أبو حنيفة لا ينتقل الملك في الوقف اللازم بل يكون حقاً لله تعالى لانه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتملك المنفعة فانتقل الملك إلى الله تعالى كالمعتق

ولنا أنه سبب يزول ملك الواقف وجد إلى من يصح تملكه على وجه لم يخرج المال عن ماله فوجب أن ينتقل الملك إليه كالمدة والبيع ، ولانه لو كان تملك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزول ملك الواقف عنه كالعارية ويفارق المعتق فإنه أخرجه عن المأبى وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كام الولد (فصل) وألفاظ الوقف سنة ثلاثة صريحة وثلاثة كناية : فالصريحة وقفت وحبست وسبلت متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفنا من غير انغمام أمر زائد لان هذه الالفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانغم إلى ذلك عرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمر « إن شئت حبست أصلها وسبلت عمرتها فصارت هذه الالفاظ في الوقف كلفظ التطابق في الإطلاق وأما الكناية فهي تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة لان لفظة الصدقة والتعريم مشتركة

(فصل) وان وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثاً أو كيفما كان جاز وسواء جمل مآل الموقوف على أولاده على المساكين أو على جهة سواهم لانه اذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزئين ، وان أطلق الوقف فقال وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لان إطلاق الإضافة إليها يقتضي التسوية بين الجهتين ولا تتحقق الا بالنصف وان قال وقفتها على زيد وعمرو والمساكين فهي بينهم اثلاثاً

(مسئلة) (ويصح وقف الحلي على اللبس والعارية)

لان ذلك نفع مباح مقصود يجوز أخذ الاجرة عليه فصح الوقف عليه كوقف السلاح في سبيل الله ولما روى نافع قال ابناعت حفصة حلياً بعشرين ألفاً فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته رواء الحلال بأسناده ولانه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائماً فصح وقفها كالعقار وهو قول الشافعي وروي عن أحمد أنه لا يصح وقفها عليه وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو المقصود الاصل من الايمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدرهم والمذهب الاول لما ذكرنا ، والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في اسقاط الزكاة عن متخذه وجوز اجارته لذلك ويفارق الدرهم والدنانير فان العادة لم تجر بالتحلي بها ولا اعتبر الشرع ذلك في اسقاط زكاة ولا ضمان نفعه في النصب بخلاف مسئلتنا

فإن الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات ، والتعزيم يستعمل في الظهار والايمان ويكون تحريماً على نفسه وعلى غيره والتأييد يحتمل تأييد التعزيم وتأيد الوقف ولم يثبت لهذه الالفاظ عرف الاستعمال فلا يحصل الوقف بمجرد ما ككنائيات الطلاق فيه فإن انضم اليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها (أحدها) أن ينضم اليها لفظة أخرى تخلصها من الالفاظ الخمسة فيقول صدقة موقوفة أو محبسة أو مسيلة أو محرمة أو مؤبدة أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسيلة أو مؤبدة (الثاني) أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لاتباع ولاتوهب ولانورث لان هذه القربة تزيل الاشتراك (الثالث) أن ينوي الوقف فيكون على مانوى الا أن النية تجمله وفقاً في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمائر قلن اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره وان قال ما أردت الوقف فالتقول قوله لانه أعلم بما نوى

(فصل) وظاهر مذهب أحمد ان الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه أو مقبرة ويأذن في الدفن فيها أو سقاية ويأذن في دخولها فانه قال في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن دخل بيتنا في المسجد وأذن فيه لم يرجع فيه وكذلك اذا اتخذ الخمار وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع ، وهذا قول أبي حنيفة ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يصير وفقاً الا بالقول وهذا مذهب الشافعي وأخذ القاضي من قول أحمد اذ سأله الاثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال ان كان جعلها لله فلا يرجع

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح الوقف في الذمة كعبد ودار وسلاح غير معين) لان الوقف ابطال لمعنى الملك فيه فلم يصح في غير معين كالعتق

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح في غير معين كأحد هذين العبدین) لانه انقل للملك على وجه القرية فلم يصح في غير معين كالمبة

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح وقف مالا يجوز بيعه كام الولد والكلب والمرهون وكذلك الخنزير وسائر سباع البهائم التي لا تصلح للعيد وجوارح الطير التي لا يصاد بها)

لانه نقل للملك فيها في الحياة فلم يجوز كالبيع ولان الوقف تحبيس الاصل وتسييل المنفعة ومالا منفعة فيه مباحة فلا يحصل فيه تسييل المنفعة والكلب أيسح الاتفاع به على خلاف الاصل للضرورة فلم يجوز التوسع فيها والمرهون في وقفه ابطال حق المرتهن منه فلم يجوز ابطاله ولا يصح وقف الحل المنفرد لانه لا يجوز بيعه .

(فصل) (ولا يصح وقف مالا ينتفع به مع بقاءه دائماً كالأمان والطموم والرياحين)

ملا يمكن الاتفاع به مع بقاء عينه كالدرهم والدنانير والمشروب وأشباهه من الرياحين لا يجوز وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم الا شيئاً حكى عن مالك والاوزاعي في وقف الطعام انه يجوز ولم يحكم أصحاب مالك وليس بصحيح لان الوقف تحبيس الاصل وتسييل المنفعة ومالا ينتفع به إلا بالاتلاف لا يصح ذلك

وهذا لا ينافي الرواية الاولى فانه أراد بقوله ان كان جعلها لله أي فري بتحويطها جعلها لله فهذانا كيد
لرواية الاولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية وان أراد بقوله جعلها لله
أي اقترنت بفعله قرائن دالة على ارادة ذلك من إذنه للناس في الدفن فيها فهي الرواية الاولى بعينها
وان أراد وقتا بلسانه فيدل بفهمه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية وهذا لا ينافي الرواية
الاولى لانه في الاولى انضم الى فعله اذنه للناس في الدفن ولم يوجد ههنا فلا تنافي بينهما ثم لم يعلم مراده
من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية وصار المذهب رواية واحدة والله أعلم واحتجوا بان هذا تحييس
أصل على وجه القرينة فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء.

ولما أن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز أن يثبت به كالقول وجرى مجرى من قدم
الى ضيفه طعاما كان اذنا في أكله ومن ملأ خاية ماء على الطريق كان تسبلا له ومن نثر على الناس ثارا
كان اذنا في التناط وأبيع أخذه وكذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير إذن باح بدلالة الحال وقد
قدمنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة من غير لفظ وكذلك الهبة والمدينة لدلالة الحال فكذلك ههنا
وأما الوقف على المساكين فلم يخرج به عادة بغير لفظ ولو كانت شيء جرت به العادة أو دلت الحال
عليه كان كسائلنا والله أعلم.

فيه وقيل في الدراهم والدنانير: ج وقفها عند من أجاز اجارتها ولا يصح لان تلك المنفعة ليست المقصود
الذي خلقت له الاثمان ولهذا لا تضمن في النصب فلم يحز الوقف له كوقف الشجر على ثمر الثياب والغنم
على دوس الطين والشمع ليتجمل به ولذلك لا يصح وقف الشمع للاشغال لانه يتلف بالارتفاع به فهو
كالكول (الثاني) أن يكون على بر كالمساكين والمساجد والقنابر والاقارب مسلمين كانوا أو من
أهل الذمة . وجملة ذلك ان الوقف لا يصح إلا على بر أو معروف لولده وأقاربه والمساجد والقنابر
وكتب الفقه والعلم والقرآن والسفایات والمقابر وسبيل الله وإصلاح الطرق ونحو ذلك من القرب ويصح
على أهل الذمة لانهم يملكون ملكا محترما ونحو الصدقة عليهم قال الله تعالى (لا ينهاكم الله عن الذين
لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤهم وتقسطوا اليهم) وإذا جازت الصدقة عليهم جاز
الوقف عليهم كالمسلمين ، وروي ان صفية زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقنت على أخ لها يهودي ولان
من جاز أن يقف عليه الذي جاز أن يقف المسلم عليه كالمسلم ولو وقف على من ينزل كائنا منهم وبيعهم
من المارة والمجتازين من أهل الذمة وغيرهم صح لان الوقف عليهم لا على الموضع

﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح على الكنائس ويوت النار والبيع وكتب التوراة والانجيل) لان ذلك
معضية فان هذه المواضع بنيت للكفر وكتبهم مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي صلى الله عليه وسلم
على عمر حين رأى معه صحيفة فيها شيء من التوراة وقال « أفى شك أنت يا ابن الخطاب؟ ألم آت بها
ميتة نقية؟ لو كان أخي موسى حيا لما وسعه إلا اتباعي » ولولا ان ذلك معصية ما غضب منه . وحكم

(مسئلة) قال (ولا يجوز ان يرجع اليه شيء من منافعه)

وجه ذلك ان من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه وزال عن الواقف ملكه وملك منافعه فلم يجوز ان ينتفع بشيء منها إلا أن يكون قد وقف شيئاً للمسلمين فيدخل في جملتهم مثل ان يقف مسجداً فله ان يصلي فيه أو مقبرة فله الدفن فيها أو بئراً للمسلمين فله ان يستقي منها أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كاحدم لانعلم في هذا كله خلافاً وقدروي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سئل بئر رومة وكان دوله فيها كدلاء المسلمين

(مسئلة) قال (إلا ان يشترط أن يأكل منه فيكون له مقدار ما يشترط)

وجهه ان الواقف اذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط ، نص عليه احمد . قال الاثرم قبل لابي عبدالله يشترط في الوقف أن ينفق على نفسه وأهلي منه قل نعم واحتج قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه عن حجر المدري ان في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر ، وقال القاضي يصح الوقف رواية واحدة لان أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وابو يوسف والزهري وابن شريح ، وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف لانه ازالة الملك فلم يجوز اشترط نفعه لنفسه

الوقف على قنديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ومن يعمرها كالوقف عليها لانه يراد لتعظيمها والمسلم والذي في ذلك سواء ، قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعاً وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى فلهم أخذها والمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا ولا نعلم فيه مخالفاً لان مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح وقف الذي كغير المعين فان قيل فقد قلتم ان أهل الكتاب اذا عقدوا عقوداً فاسدة وتقاوضوا ثم أسلموا وترافعوا اليانا لم تنقض ما فعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيها وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بمقد معاوضة انما هو ازالة ملك في الموقوف على وجه القرية فاذا لم يقع صحيحاً لم يزل الملك بحاله كالتق ، وقد روي عن أحمد رحمه الله فيمن أشهد في وصيته ان غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه ؟ قال هو حر ويرجع على الغلام بأجر خدمة مبالغ أربع سنين ، وروي عنه قال هو حر ساعة مات مولاه لان هذه مصيبة وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله ، ويحتمل ان قوله يرجع عليه بخدمة أربع سنين لم يكن لصحة الوظيفة بل لانه انما أعاقه بموض يعتقدان صحته فاذا تعذر العوض باسلامه كان عليه ما يقوم مقامه كما لو تزوج الذي ذمية على ذلك ثم أسلم فانه يجب عليه المهر كذا ههنا يجب عليه العوض والاول أولى

كالبيع والهبة ، وكأ لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ، ولأن ما ينفعه على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه كأ لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به

ولنا الخبر الذي ذكره الامام احمد ولان عمر رضي الله عنه لما رقف قال : ولا بأس على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً غير متمول فيه وكان الوقف في يده الى أن مات ولأنه إذا وقف وفقاً عاماً كالساجد والسقايات والزبائات والمنابر كان له الانتفاع به فكذلك ههنا ، ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته او مدة معلومة معينة ، وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه فان عمر رضي الله عنه لم يقدر ما يأكل الوالي ويطعم إلا بقوله : بالمعروف ، وفي حديث صدقة رسول الله ﷺ أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر إلا أنه إذا شرط أن ينتفع به مدة معينة فمات فيها فينبغي أن يكون ذلك لورثته كأ لو باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فمات في أثنائها والله أعلم

(فصل) وان شرط أن يأكل أهله منه صح الوقف والشرط لان النبي ﷺ شرط ذلك في صدقته ، وان اشترط أن يأكل من وليه منه ويطعم صديقاً جاز لان عمر رضي الله عنه شرط ذلك في صدقته التي استشار فيها رسول الله ﷺ فان وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقاً لان عمر ولي صدقته ، وان وليها أحد من أهله كان له ذلك لان حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر

﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح الوقف على حربي ولا مرتد) لان أموالهم مباحة في الاصل تجوز إزالتها فما يتجدد لهم أولى والوقف يجب أن يكون لازماً لانه تحييس الاصل

﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح على نفسه في إحدى الروايتين ، فان وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده فقال في رواية أبي طالب وقد سئل عن هذا فقال لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه الله تعالى أو في سبيله فاذا وقف عليه حتى يموت فلا أعرفه ، فملي هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا وهل يبطل على من بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء وهذا مذهب الشافعي لان الوقف تملك للرقبة أو للمنفعة ولا يجوز أن يملك الانسان نفسه من نفسه كأ لا يجوز أن يبيع ماله من نفسه ولان الوقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه من التصرف في رقبة الملك فلم يصح ذلك كأ لو أفرد به بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهله ولا أورثه ، ونقل جماعة ان الوقف صحيح اختاره ابن أبي موسى . قال ابن عقيل وهو أصح وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما ذكره في المسئلة بعدها ولأنه يصح أن يقف وفقاً عاماً فينتفع به كذلك اذا خص نفسه بانتفاعه والاول أقيس

(فصل) ومن وقف وفقاً صحيحاً على انسان فقد صارت منافعه جميعاً للموقوف عليه وزال ملكه

(فصل) وإن شرط أن يهبه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لأنه لم فيه خلافاً لأنه ينافي مقتضى الوقف ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع وإن شرط الخيار في الوقف ففسد ، نص عليه أحمد وبه قال الشافعي وقال أبو يوسف في رواية عنه يصح لأن الوقف تملك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالأجارة

ولنا أنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط أن له يهبه متى شاء ، ولأنه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالعقود ولأنه ليس بهتمد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالمبة وينارق الاجارة فلها عتمد معاوضة وهي نوع من البيع ، ولأن الخيار إذا دخل في العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار أو التصرف وهنا لو ثبت الخيار ثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع التصرف فانترقا

(فصل) وإن شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف فافسده كما لو شرط أن لا ينتفع ، وإن شرط لناظر أن يعطي من يشاء من أهل الوقف ويحرم من يشاء جاز لأن ذلك ليس باخراج للموقوف عليه من الوقف وإنما علق استحقاق الوقف بصفة فسكانه جعل له حقاً في الوقف إذا انصف بإرادة الوالي لعطيته ولم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه فأشبهه ما لو وقف على المشغولين من ولده فإنه يستحق منهم من

عن الواقف وملك منافعه فلم يحز أن ينتفع بشيء منها فأما إن وقف شيئاً للمسلمين دخل في جملتهم مثل أن يقف مسجداً فله أن يصلي فيه أو مقبرة فله الدفن فيها أو بئراً للمسلمين فله أن يسقي منها أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كأخدم لا نعلم في ذلك خلافاً وقد روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سبل بئر رومة وكان دلوها فيها كدلاء المسلمين

(مسئلة) (وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح)

إذا وقف وقفاً على غيره وشرط أن يتفق منه على نفسه صح الوقف والشرط نص عليه أحمد قال الأثرم قيل لابي عبد الله اشترط في الوقف أني أنفق على نفسي وأهلي؟ قال نعم واحتج قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حنبل المدري أن في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل أهلها منها بالمعروف غير المنكر قال القاضي يصح الوقف رواية واحدة لأن أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزييري وابن شريح وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف لأنه إزالة الملك فلم يحز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة وكما لو اعتق عبداً واشترط أن يخدمه ولأن ما ينفعه على نفسه مجهول فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به .

ولنا أن الخبر الذي ذكره الامام أحمد ولأن عمر رضي الله عنه لما وقف قال لا بأس على من

اشتغل به دون من لم يشتغل ، فلو ترك المشتغل الاشتغال زال الاستحقاق ، وإذا عاد إليه عاد استحقاقه والله أعلم

(فصل) إذا جعل علو داره مسجداً دون سفليها أو سفليها دون علوها صح ، وقال أبو حنيفة لا يصح لأن المسجد يتبعه هواءه

ولنا أنه يصح بيعها كذلك يصح وقفه كالداو جميعها ولأنه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فيما ذكرنا كإبيهم

(فصل) وإن جعل وسط داره مسجداً ولم يذكر الاستطراق صح ، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الاستطراق

ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع من ضرورته الاستطراق فصح وإن لم يذكر الاستطراق كما لو أجزأ بيتاً من داره

(فصل) إذا وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده ففيه روايتان [إحداها] لا يصح فإنه قال في رواية أبي طالب وقد سئل عن هذا فقال لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه الله وفي سبيل الله فإذا وقفه عليه حتى يموت فلا عرفه . فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلاً وهل يبطل الوقف على من بعده ؟ على وجهين بناء على الوقف المنقطع الابتداء وهذا مذهب الشافعي لأن الوقف تملك المربة

وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً غير متمول منه وكان الوقف في يده إلى أن مات ولأنه إذا وقف وفقاً عاماً كالساجد والسقايات والمقابر كان له الانتفاع به وكذلك ههنا ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته أو مدة معلومة معينة وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه فإن عمر لم يقدر ما يأكله الوالي ويطعم الأبقوله بالمعروف وفي حديث صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر إلا أنه إذا شرط أن ينفع بها مدة معينة فبات فيها فينبغي أن يكون ذلك لورثته كما لو باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فبات في اثائها

(فصل) ويصح أن يشترط أن يأكل منها أهله لأن النبي صلى الله عليه وسلم شرط ذلك في صدقته وإن شرط أن يأكل منه من وليه ويطعم صديقاً صح لأن عمر شرط ذلك في صدقته التي استأمر فيها رسول الله عليه وسلم فإن وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقاً لأن عمر ولي صدقته وإن وليها أحد من أهله فله ذلك لأن حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبدالله بن عمر

(فصل) فإن اشترط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه بطل الوقف والشرط لا نعلم في بطلان الشرط خلافاً لأنه يناهض مقتضى الوقف ويحتمل أن يبطل الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع وإن شرط الخيار في الوقف فسد نص عليه أحمد وبه قال الشافعي وقال أبو يوسف في رواية عنه يصح لأن الوقف تملك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالأجارة

والمنفعة ولا يجوز أن يملك الانسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال نفسه ، ولان الوقف على نفسه انما حاصله منع نفسه التصرف في ربة المالك فلم يصح ذلك كما لو أفرد به بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه . وتتل جماعة ان الوقف صحيح اخذاره ابن أبي مومي . قال ابن عقيل وهي أصح وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع اليه شيء من منافعه ، ولانه يصح أن يقف وقفا عاما فينتفع به كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه والاول أقيس

﴿مسئلة﴾ قال (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والاناث من أولاد البنين بينهم بالسوية الا أن يكون الواقف فضل بعضهم)

في هذه المسئلة فصول أربعة (الاول) انه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم كان الوقف بين القوم وأولادهم ومن حدث من نسلهم على سبيل الاشتراك ان لم تقترن به قرينة تقتضي ترتيبا لان الواو تقتضي الاشتراك فاذا اجتمعوا اشتركوا ولم يقدم بعضهم على بعض وبشارك الآخر الاول وان كان من البطن العاشر ، وإذا حدث حمل لم يشارك حتى يتفصل لانه يحتمل أن لا يكون حملا فلا يثبت له حكم الولد قبل انفصاله

ولنا أنه شرط ينافي مقتضى المقدم فلم يصح كما او شرط ان له يعمه متى شاء ولانه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح شرط الخيار فيه كالتق ولانه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة بخلاف الاجارة فانها عقد معاوضة وههنا لو ثبت الخيار ثبت مع ثبوت حكم الوقف فافترقا

(فصل) وان شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح لانه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده كما لو شرط أن لا ينتفع به فأما ان شرط للناظر ان يعطي من يشاء من اهل الوقف ويمنع من يشاء جاز لان ذلك ليس باخراج للوقوف عليه من الوقف وإنما عاق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقا في الوقف اذا اتصف بارادة الناظر عطيته ولم يجعل له حقا اذا انتفت تلك الصفة فيه فأشبهه مالو وقفه على المشتغين بالعلم من ولده فانه يستحق منهم من اشتغل دون من لم يشتغل فتي ترك المشتغل الاشتغال زال استحقاقه فان عاد اليه عاد استحقاقه (فصل) إذا جعل علو داره مسجداً دون أسفلها أو أسفلها دون علوها صح وقال أبو حنيفة لا يصح

لان المسجد يتبعه هواؤه

ولنا أنه يصح بيعها كذلك فصح وقفها كالدائر جميعها ولانه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فيما ذكرنا كاليصح

(فصل) فان جعل وسط داره مسجداً ولم يذكر الاستطراق صح وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الاستطراق

(فصل) فان قال وقفت على أولادي ثم على المساكين أو قال على ولدي ثم على المساكين أو على ولد فلان ثم على المساكين فقد روي عن أحمد ما يدل على أنه يكون وقفاً على أولاده وأولاد أولاده من الأولاد البنين ما لم تكن قرينة تصرف عن ذلك، قال المروذي: قلت لأبي عبد الله ما تقول في رجل وقف ضيعة على ولده فمات الأولاد وتركوا النسوة حوامل؟ فقال كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء. لأنهم من رجل آخر وقال أيضاً بن وقف على ولد علي بن إسماعيل ولم يقل إن مات ولد علي بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن إسماعيل: دفع إلى ولد له أيضاً لأن هذا من ولد علي بن إسماعيل. ووجه ذلك أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم المذكور مثل حظ الانثيين) فدخل فيه ولد البنين وإن سفلوا، ولما قال (ولأبويه نكلاً واحداً منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) فتناول ولد البنين وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين فالمطابق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به، ولأن ولد ولده ولد له بدليل قول الله تعالى (يا بني آدم - و - يا بني إسرائيل) وقال النبي ﷺ «ارموا بني إسماعيل فإن أبائكم كن رمايها» وقال «نحن بنو النضر بن كنانة» والقبائل كلها تنسب إلى جذورها، ولأنه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك إذا لم يكونوا قبيلة

ولما أنه قد يبيح الاتفاح من ضرورته الاستطراق نصح وإن لم يذكره كالأجر شيئاً من داره
 ﴿مسئلة﴾ (الثالث أن ينفقه على معين يملك ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد)
 لأنه تملك أشبه البيع ولأن الوقف تملك للمعين أو للنفقة فلا يصح على غير معين كالاجارة
 ﴿مسئلة﴾ (ولا يصح على حيوان لا يملك كالعبد القن وأم الولد والمذبر والميت والحمل والملك والبهيمة والجن)
 قال أحمد فيمن وقف على ماله لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لأن الوقف تملك فلا يصح على من لا يملك فان قيل فقد جوزتم الوقف على المساجد والسفاريات وأشباهاها وهي لا تملك قلنا الوقف هناك على المسلمين إلا أنه عين في نفع خاص لهم

فان قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة والوقف عليهم جائز قلنا على الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعاً بل هي معصية محرمة يزدادون بها عقاباً وإنما بخلاف المساجد

فان قيل فلم لا يصح الوقف على العبد إذا قلنا إنه يملك بالتملك؟ قلنا لأن الوقف يقتضي تحييس الأصل والعبد لا يملك ملكاً لازماً ولا يصح على المكاتب وإن كان يملك لأن ملكه غير مستقر
 ﴿مسئلة﴾ (الرابع أن يقف ناجزاً فإذا علقه على شرط لم يصح إلا أن يقول هو وقف بمد

وقال القاضي وأصحابه لا يدخل فيه ولد الولد بحال سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات لان الولد حقيقة وعرفا إنما هو ولده أصليه وأنا يسمى ولد الولد ولد أمجاز أو لهذا يصح فيه فيقال ما هذا ولدي إنما هو ولد ولدي وإن قال على ولدي لصليبي فهو أكد وإن قال على ولدي وولد ولدي ثم على المساكين دخل فيه البطن الاول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث وإن قال على ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم وموضع الخلاف المطلق فاما مع وجود دلالة تصرف الى أحد المحملين فإنه يصرف اليه بغير خلاف مثل أن يقول على ولد فلان ومم قبيبة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف الى أولاد الأولاد بغير خلاف وكذلك إن قال على أولادي أو ولدي وليس له ولد من صلبه أو قال ويفضل ولد الأكبر أو الاعلم على غيرهم أو قال فإذا خلت الارض من عقبي عاد الى المساكين أو قال على ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الاعلى على الثاني أو قال الاعلى فالاعلى واشباه ذلك فهذا يصرف لفظه الى جميع نسله وعاقبه وإن اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده أصليه بالوقف مثل أن يقول على ولدي لصليبي أو القدين بلوتي ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الاول دون غيرهم وإذا قلنا بالتعميم فيهم إما لقرينة وإما لقولنا بان المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تشريكا ولا ترتيبا، احتمل أن يكون بينهم كاهن على التشريك لأنهم دخلوا في اللفظ دخولا واحداً فوجب أن يكون بينهم مشتركاً كما لو أقر لم يدين ويحتمل أن يكون على الترتيب

موتي فيصح في قول الحرقي وعند أبي الخطاب لا يضح

لا يصح تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل أن يقول إذا جاء رأس الشهر فداري وقف أفرسي حبيس أو إذا ولي ولي ولد أو إذا قدم غائب ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافاً لأنه نقل للملك فيما لم يبين على التخليب والسراية فلم يحجز تعليقه على شرط في الحياة كالملة

(فصل) فأما إذا قال هو وقف بعد موتي فظاهر كلام الحرقي أنه يصح ويستبر من التلك كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام أحمد وقال القاضي لا يصح هذا لأنه تعليق للوقف على شرط فلم يصح كالمعلقة على شرط في حياته وحمل كلام الحرقي على أنه قال قفوا بعد موتي فتكون وصية بالوقف لا بإيقافاً

ولنا على صحة الوقف المعلق بالموت ما احتج به أحمد أن عمر أوصى فسكران في وصيته هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث إن ممنا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخير ورقمته الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهله لا يباع ولا يشتري ينفقه حيث يرى من السائل والحرم وذوي القربى ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشتري رقيقاً رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا نص في مسئلتنا ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ ولأنه اشتهر في الصحابة ولم ينكر فسكران إجماعاً ولأن هذا تبرع بمال بالموت فصح كالملة والصدقة المطلقة أو نقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف وفارق هذا التعليق على شرط في الحياة

على حسب الترتيب في الميراث وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقبل إن مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل وترك ولداً فقال إن مات بعض ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولده أيضاً لأن هذا من ولد علي بن اسماعيل فجعله لولد من مات من ولد علي بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك أن ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى (يرصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) لم يستحق ولد البنين شيئاً من وجود آبائهم واستحقوا عند تقدم كذاهمنا، فأما أزواج لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتب فيه ويستحق الأعلى والأسفل على كل حال

(فصل) وإن رتب فقال وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى أو الأقرب فلا قرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فإن انقرضوا فعلى أولاد أولادي فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ولا يستحق البطن الثاني شيئاً حتى ينقرض البطن كله ولو بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه، وإن قل على أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده كان ذلك دليلاً على الترتيب لأنه لو اقتضى التثريب لاقضى النسوية، ولو جعلنا لولد الولد سهماً مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان وبغيره سهم وهذا يناقض النسوية ولأنه يفضي إلى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر

بدليل الصدقة المطلقة أو الهبة وغيرها وذلك لأن هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم والمجهول وللحمل وغير ذلك وبهذا يبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط وسوى المتأخرين من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما

(فصل) ولا يشترط القبول إلا أن يكون على آدمي معين ففيه وجهان أحدهما يشترط أن لم يقبل أو رده بطل في حقه دون من بعده وصار كما لو وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز يصرف في الحال إلى من بعده وجملة ذلك أن الوقف إذا كان على غير معين كالساكن أو من لا يتصور منه القبول كالساجد والقناطر لم يفتقر إلى القبول وإن كان على آدمي معين ففيه وجهان أحدهما لا يشترط اختاره القاضي لأنه أحد نوعي الوقف فلم يشترطه القبول كالنوع الآخر ولأنه إزالة ملك تنعم البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه قبول كالعتق

والثاني يشترط لأنه تبرع لا دمي معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية يحققه أن الوصية إذا كانت لادمي معين وقفت على قبوله وإن كانت لغير معين كالساكن أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر إلى قبول كذا هاهنا والأول أولى والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف

من ارادة الواقف خلاف هذا فاذا ثبت ان ترتيب فانه يترتب بين كل والد وولده فاذا مات عن ولد انتقل الى ولده سهمه سواء بقي من البطن الاول أحد أو لم يبق

(فصل) وإن رتب بعضهم دون بعض فنال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما ناسلوا وتماقبا ، أو قل على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما ناسلوا فهو على ما قل يشترك من شرك بينهم بالواو المتضمنة للجميع والتشريك وترتيب من رتبته بحرف الترتيب ، ففي المسئلة الاولى يشترك الولد وولد الولد ثم اذا انقرضوا صار لمن بعدهم ، وفي الثانية يختص به الولد فاذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهم ، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الاولان دون غيرهم فاذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم

(فصل) وإن قال وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لاخته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لاختاته أو لولد أخواته فهو على ما شرطه ، وإن قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لآخيه وابني أخيه بالسوية لانهم أهل الوقف ، ثم أن مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه

على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله والوصية المعين بخلافه وهذا مذهب الشافعي وإذا قلنا لا يفتقر إلى القبول لم يبطل بالرد كالتعق وإن قلنا يفتقر إلى القبول فردّه بطل في حقه دون من بعده وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من سواء وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفقة (فصل) اذا وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز فهو وقف منقطع الابتداء كالوقف على عبده وأم ولده أو مجهول فإن لم يذكر له مالا فالوقف باطل وكذلك ان جعل له مالا لا يجوز الوقف عليه لانه أدخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف مالا يجوز وقفه ، وإن جعل له مالا لا يجوز الوقف عليه كمن يقف على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفقة ، وللشافعي قولان كالوجهين ، فاذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه لا تملكنا صحتنا الوقف مع ذكر مالا لا يجوز الوقف عليه فقد ألقيناها لتعذر التصحيح مع اعتباره ، وان كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كأولاده وعبد معين فكذلك ذكره أبو الخطاب وفيه وجه آخر أنه يصرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه فاذا انقرض صرف الى من يجوز ذكره القاضي وابن عقيل لان الواقف إنما جعله وفقاً على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه ، ويفارق مالا يمكن اعتبار انقراضه لتعذر اعتباره ولا صحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فان كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط كمن وقف على ولده ثم على عبيده ثم على

الى أخيه وعمه لانهم أهل الوقف ، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابن أخ له فنصيبه لأخيه : ونابني أخيه لانهم ليس من أهل الوقف ، ادام أبوهما حيا فاذا مات أبوهما صار نصيبه لهما فاذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالسوية ان لم يخلف ولداً وإن خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولا بني عمه النصف لكل واحد الربع ، وإن قل من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على من هو في درجته فإن كان الواقف مرتباً بطا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذي هو منه ، وإن كان مشتركا بين البطنين كلها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كما هم لانهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة ولاننا لو صرفنا نصيبه الى بعضهم أنضى الى تفضيل بعضهم والتشريك يقتضي التسوية ، فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم فيه كذلك وبحتم أن يعود نصيبه الى سائر أهل البطن الذي هو منه لانهم في درجة في القرب الى الجذ الذي يجمعهم ويستوي في ذلك أخوه وبنو عمه وبنو بني عم أبيه لانهم سواء في القرب ، ولاننا لو شركنا بين أهل الوقف كما هم في نصيبه لم يكن في هذا الشرط فائدة ، والظاهر أنه قصد شيئا يفيد ، فعلى هذا ان لم يكن في درجته أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره ، وإن كان الوقف على البطن الأول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من في درجته فقيه ثلاثة أوجه

المساكين خرج في ساحة الوقف وجهان الى ما ذكره في الوقف المنقطع الانتهاء ، ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فان لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناها اذا قلنا بالصحة وان أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلغى ؟ على وجهين كما تقدم ، فان كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كن وقف على عبده ثم على اولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته أيضاً وجهان ومصرفه بعد من يجوز الوقف عليه الى مصرف الوقف المنقطع ﴿مسألة﴾ (وان وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له مالا أو وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز أو قال وقتت وسكت انصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه الى ورثة الواقف وقفا عليهم في إحدى الروايتين ، والاخرى الى أقرب عصبة وهل يختص به فقراءهم ؟ على وجهين ، وقال القاضي في موضع يكون وقفاً على المساكين)

وجملة ذلك أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته عند الفائلين بصحة الوقف ما كان معلوم الابتداء والانهاء غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم ، وان كان معلوم الانتهاء مثل أن يوقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا جهة غير منقطعة فهو صحيح أيضاً به قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قوليه ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وهو القول الثاني للشافعي لان الوقف ، مقتضاه التأيد فاذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء

(المغنى والشرح الكبير) الوقف على الاولاد على ان من مات فنصيبه لولده واولاهل الوقف ٢٠٣

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كان من بطن واحد أو من بطون وسواء تسارت أنصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل
(والثاني) أن يكون لأهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنتين فمات أحد الابنتين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه الحي فيكون نصيبه بين أخيه وابني عمه
(والثالث) أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف فيكون نصيبه على هذا لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، فإن كان في درجته في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن الرابع فيه شيء لانه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم

(فصل) وان وقف على بنيه وهم ثلاثة على ان من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وان مات فلان فنصيبه لأهل الوقف فهو على ما شرط ، وكذلك ان كان له بنون وبنات فقال من مات من المذكور فنصيبه لولده ومن مات من البنات فنصيبها لأهل الوقف فهو على ما قال وإن قال على أولادي على أن يصرف الى البنات منه ألف والباقي لابنتين لم يستحق البنون شيئا حتى تستوفي البنات الألف لانه جعل للبنات مسمى وجعل لابنتين الفاضل عنه فكان الحكم فيه على ما قال

ولنا أنه تصرف معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ولان الاطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنفذ البلد وعرف المصرف ههنا أولى الجهات به فكانه عينهم. اذا ثبت هذا فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم الى أقارب الواقف وبه قال الشافعي إلا أنه قال يكون وقفا على أقرب الناس الى الواقف الذكر والانثى فيه سواء ، وعن أحمد أنه يصرف الى المساكين اختاره انقاضي والشريف أبو جعفر لانهم مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها فاذا وجدت صدقة غير معينة الصرف انصرفت اليهم كمالوا نذر صدقة مطابقة ، وعن أحمد رواية ثالثة انه يجعل في بيت مال المسلمين لانه مال لا مستحق له فأشبه مال من لا وارث له وقال أبو يوسف يرجع الى الواقف وإلى ورثته الا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وفلان فاذا انقرض المسمى كانت على الفقراء والمساكين لانه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره ، ويفارق ما إذا كان ينفق منها على فلان وفلان فإنه جعل الصدقة مطلقة .

ولنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يحجز أن يرجع اليه كما لو أعتق عبداً ، والدليل على صرفه الى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته لقول النبي ﷺ «صدقتك على غير ذي رحمك صدقة وصدقتك على ذي رحمك صدقة وصلة» وقال «انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم طالة يتكفون الناس» ولانهم أولى الناس بصدقاته التوائف والمفروضات فيكذلك صدقته المنقولة ، اذا ثبت هذا فإنه يكون

فجعل البنات كذوي الفروض الذين سمي الله لهم فرضاً وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون الا ما فضل عن ذوي الفروض

(فصل) فان كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابنين المسميين وعلى اولادهما وأولاد الثالث وليس لثالث شيء ، وقال القاضي يدخل الثالث في الوقف وذكر أن أحمد قال في رجل قال وقفت هذه الضيقة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون في الوقف ، واحتج القاضي بان قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيده لبعضهم فلا يوجب اخراج بقيتهم كالمطوف في قوله (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال)

ولنا أنه أبطل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاخص بالبعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لان بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى (والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ولو قال ضربت زيداً رأسه ورأيت زيداً وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه ومنه قول الله تعالى (وبجمل الخبيث بعضه على بعض) وقول القائل طرحت اثنياب بعضها فوق بعض فان الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الاول كذا ههنا ، وفارق المطوف فان عطف الخاص على العام يقتضي تأكيده لا تخصيصه وقول أحمد هم

للفقراء منهم والاغنياء في احدى الروايتين عن أحمد وهو ظاهر كلام الحرقى لان الوقف لا يختص بالفقراء ولانه لو وقف على اولاده تناولوا الفقراء والاغنياء والفقراء كذا ههنا ، وفيه وجه آخر أنه يختص الفقراء منهم لانهم أهل الصدقات دون الاغنياء ولاننا خصصنا الاقارب بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الاغنياء ، واختافت الرواية فيمن يستحق الوقف من اقرباء الواقف ففي احدى الروايتين يختص بالورثة منهم لانهم الذين صرف الله اليهم ماله بعد موته واستغنائهم عنه فكذلك يصرف اليهم من ماله ما لم يذكر له مصرفاً ، فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وفقاً عليهم نص عليه أحمد وذكره القاضي لان الوقف يقتضي التأيد ، وإنما صرفناه الى هؤلاء لانهم أحق الناس بصدقته فيصرف اليهم مع بقائه صدقة ويحتمل أن يصرف اليهم على سبيل الارث على ما ذكره الحرقى ويبتل الوقف فيه كقول أبي يوسف والرواية الثانية يكون وفقاً على أقرب غصبة الواقف دون بقية الوراث ودون البعيد من العصبات فيقدم الاقرب فالأقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لانهم خصوا بالمقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً ، قال شيخنا وهذا لا يتوى عندي فان استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون إلا بدليل من نص أو إجماع ولا نعلم فيه نصاً ولا إجماعاً ولا يصح قياسه على ميراث وللاء الموالى لان علمته لا تتحقق ههنا ، وأقرب الاقوال فيه صرفه الى المساكين لانهم مضارف مال الله وحقوقه فان كان في اقارب الواقف مساكين كانوا أولى

شركا، يحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده أي يشترك أولاد الموقوف عليها وأولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حل كلامه عليه لقيام الدليل عليه، ولو قال على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا ويحتمل أن يدخل في الوقف ولد ولده لأننا قد ذكرنا من قبل أن ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولدي يتناول نسله وعاقبته كلها

(فصل) ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حل لم يستحق شيئا قبل انفصاله لانه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله قال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف فخلا على قوم وماتوا ودوام ولد مولود فان كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهو الاول وان لم تكن قد أبرت فهو معهم وإنما قال ذلك لأنها قبل التأبير تتبع الأصل في البيم وهذا الموجود يستحق نصيبه من الأصل فيتبعه حصته من الثمرة كما لو اشترى ذلك النصيب من الأصل وبعد التأبير لا تتبع الأصل ويستحقها من كان له الأصل فكانت للاول لان الأصل كان كله له فاستحق ثمرته كالمو باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئا كالمشتري وهكذا الحكم في سائر ثمر الشجر الظاهر فان المولود لا يستحق منه شيئا ويستحق مما ظهر بعد ولادته، وان كان الوقف أرضا فيها زرع يستحقه البائم فهو للاول وان كان مما يستحقه المشتري فله المولود حصته منه لان المولود يتجدد استحقاقه للأصل كتجدد ملك المشتري فيه

به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف الى غيرهم ولانا اذا صرفناه الى أقاربه على سبيل التعيين فهي أيضاً جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله الا بصرفه الى المساكين فان لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف الى الفقراء أو المساكين وفقاً عليهم لان القصد به اثواب الجاري عليه على وجه الدوام، ولما قدمنا الاقارب على المساكين اكونهم أولى فاذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف اليهم إلا على قول من قال انه يصرف الى ورثة الواقف ملكا لهم فانه يصرف عند عدمهم الى بيت المال لانه بطل الوقف فيه بانقطاعه فصار ميراثاً لا وارث له فكان بيت المال أولى به

(فصل) وان وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز كن وقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضاً ويرجع بعد انقراض من يجوز الوقف عليه الى من يصرف اليه الوقف المنقطع كالمسئلة قبلها لان ذكر من لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ويحتمل أن لا يصبح الوقف لانه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبهه تفريق الصفقة

(فصل) فان قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه وقال ابن حامد يصح الوقف قال القاضي هو قياس قول أحمد فانه قال في النذر المطلق ينبغي أن يكون موجبا لكفارة اليمن وهو قول مالك والشافعي في أحد قوليه لانه إزالة ملك على وجه القرية فوجب أن يصح

(الفصل الثاني) إذا وقف على قوم وأولادهم وعاقبتهم ونسلهم دخل في الوقف ولد البنين بغير خلاف نعلمه فاما ولد البنات فقال الحرقى لا يدخلون فيه وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء. فهذا النص يحتمل أن يعدى الى هذه المسئلة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم، ومن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن وهكذا إذا قال على ذريتهم ونسلهم وقال أبو بكر وعبد الله بن حامد يدخل فيه ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لأن البنات أولاده فأولادهم أولاد حقيقة فيجب أن يدخلوا في الوقف لتناول اللفظ لهم، وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى (ونوحاً هدينا من قبل ومن ذرية داود وسليمان - الى قوله - وعيسى) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وابراهيم وموسى واسماعيل وإدريس ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم ومن حملنا مع نوح ومن ذرية ابراهيم واسرائيل) وعيسى معهم وقال النبي ﷺ (حسن «ان ابني هذا سيد» وهو ولد بنته ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم) دخل في التحريم حلائل أبناء البنات ولما حرم الله تعالى البنات دخل في التحريم بناتهن

ووجه قول الحرقى ان الله تعالى قل (بوصيكم الله في أولادكم لذلك مثل حظ الاثنتين) فدخل فيه

مطلقاً كالأضحية والوصية، ولو قال وصيت بثالث مالي صح وإذا صح صرف الى مصارف الوقف المنقطع عند انقراض الموقوف عليه كما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال وقفت داري سنة أو الى يوم يقدم الحاج لم يصح في أحد الوجهين) لأن مقتضى الوقف التأيد وهذا ينافيه (والوجه الآخر) يصح لأنه منقطع الانتهاء فهو كما لو وقف على منقطع الانتهاء فان قلنا يصح فهو كمنقطع الانتهاء يصرف الى مصارف الوقف المنقطع الانتهاء (فصل) فان قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح وكذلك ان قال وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح لأنه وقف متصل الابتداء والانتهاء، وان قال وقف على المساكين ثم على أولادى صح ويكون وقفاً على المساكين ويلتزم قوله على أولادى لأن المساكين لا انقراض لهم

(مسئلة) (ولا يشترط اخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين)

ظاهر المذهب أن الوقف يزول به ملك الواقف ويلزم بمجرد اللفظ لأن الوقف يحصل به وعن أحمد أنه لا يلزم الا بالقبض واخراج الوقف عن يده فانه قال الوقف المعروف أن يخرج من يده الى غيره بوكل فيه من يقوم به اختاره ابن أبي موسى وهو قول محمد بن الحسن لأنه تبرع بما لم يخرج عن المالية فلم يلزمه بمجرد كالهبة والوصية

ولد البنين دون ولد البنات وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد في الأثر والحجب دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات ولأنه لو وقف على ولد رجل وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات بالاتفاق وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة ولأنه لو وقف على ولد العباس في عصرنا لم يدخل فيه ولد بناته فكذلك إذا وقف عليهم في حياته ولأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر :

بنونا بنو آبائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباة

وقولهم أنهم أولاد أولاد حقيقة قلنا إلا أنهم لا ينسبون إلى الواقف عرفاً ولذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين إلي لم يدخل هؤلاء في الوقف، ولأن ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولا ينسب إلى أبيه، أما عيسى عليه السلام فلم يكن له أب ينسب إليه فنسب إلى أمه لعدم أبيه ولذلك يقال عيسى بن مريم، وغيره إنما ينسب إليه كجحي بن زكريا وقول النبي ﷺ «إن ابني هذا سيد» تجوز بغير خلاف بدليل قول الله تعالى (ما كان محمد أباً أحدهم من رجالكم) وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الأمرين . فأما أن وجد ما يصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف إليه ولو قال على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهماً ولولد البنين سهمين أو فاذا خلت الأرض ممن يرجع نسبه إلي من قبل أب أو أم كان المساكين أو كان البطن الأول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات وأشباه هذا ما يدل على إرادة ولد البنات بالوقف دخلاً في الوقف، وإن قال على أولادي وأولاد

ولنا ما روينا من حديث عمر ولأنه تبرع بمنع البيع والهبة والميراث فيلزم بمجرده كالتق، ويفارق الهبة فإنها تملك مطلق والوقف تحييس الأصل وتسهيل المنفعة فهو بالتق أشبه والحاقه به أولى .

(فصل) قال رضي الله عنه (وإملاك الموقوف عليه الوقف وعنه لا يملكه)

ظاهر المذهب أن الملك ينتقل في الموقوف إلى الموقوف عليه قال أحمد إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم مملوكوه وروي عن أحمد أنه لا يملك فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير مملوكاً للورثة وإنما ينفعون بثلثها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون، ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون أي لا يملكون التصرف في الرقبة فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكينا وقال أبو حنيفة لا ينتقل الملك في الوقف اللازم بل يكون حق الله تعالى لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتمليك المنفعة فانتقل إلى الله تعالى كالتق

ولنا أنه سبب يزول ملك الواقف وجهه إلى من يصح تملكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينتقل الملك إليه كالهبة والبيع ولأنه لو كان تملك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية، ويفارق التق فإنه أخرجه عن المالية وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كام الولد

أولادي المنتسبين الي أو غير ذوي الارحام أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات ، وان قال على ولدي فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات ، وكذلك لو قال على أنه من مات منهم عن ولد فقصيه لولده ، وان قال الهاشمي وقتت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي ، فالمن كان هاشميا من غير أولاد بنيه فهل يدخلون ؟ على وجهين (أولاهما) أنهم يدخلون لانهم اجتمع فيهم الصفتان جميعا كونهم من أولاد أولاد وكونهم هاشميين (والثاني) لا يدخلون لانهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فاشبه ما لو لم يقل الهاشميين وان قال على أولادي وأولاد أولادي ممن ينسب الى قبيلتي فكذلك

(الفصل الثالث) انه إذا وقف على أولاد رجل وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والانثى لانه تشريك بينهم واطلاق التشريك يقتضي التسوية كما لو أقر لهم بشيء وكوّد الام في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء في الثلث) نساؤا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض وایس كذلك في ميراث ولد الابوين وولد الاب فان الله تعالى قال (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا أعلم في هذا خلافا

(الفصل الرابع) أنه اذا فضل بعضهم على بعض فهو على ما قال فلو قال وقتت على أولادي وأولاد أولادي على أن للذكر سهمين والانثى سهما أو للذكر مثل حظ الانثيين أو على حسب ميراثهم

﴿مسئلة﴾ (ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه) لانه تمام ملكه ولا نعلم في ذلك خلافا

﴿مسئلة﴾ (وليس له وطء الجارية فان فعل فلاحده عليه ولا مهر)

لا يجوز للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة لانا لاننا من جباها فنقص أو تلف أو تخرج من الوقف يكونها أم ولد ولان ملكه ناقص فان وطئ فلا حد عليه للشبهة ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب للانسان شيء على نفسه

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت فالولد حر)

لانه من وطء شبهه وعليه قيمته يوم الوضع يشتري بها عبد مكانه لانه فوت رقه وتصير أم ولد له لانه أحبلها بحر في ملكه فاذا مات عتقت وتجب قيمتها في تركته لانه أنافها على من بعده من البطون فيشتري بها جارية تكون وقفاً مكانها، وإن قلنا لا يملكها الموقوف عليه لم تصر أم ولده بذلك لانها أجنبية ﴿مسئلة﴾ (فان أعتقها لم ينفذ عتقه)

لانه يتعلق به حق غيره ولان الوقف لازم فلا يمكن من إبطاله فان كان نصف العبد وقفاً ونصفه طلقاً فاعتق صاحب الطلق لم يصر عتقه الى الوقف لانه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها أجنبي بشبهة فالولد حر)

أو على حسب فرائضهم أو بالعكس من هذا أو على أن لا كبير ضعف ما للصغير أو للعالم ضعف ما للجاهل أو للعائل ضعف ما للفقير أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لان ابتداء الوقف مفوض إليه فكذلك تفضيله وترتيبه، وكذلك ان شرط اخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل ان يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ومن اشتغل بالعلم فله ومن ترك فلا شيء له أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له فكل هذا صحيح على ما شرط، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لانباع ولا توهب وان المردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها فان استغنت بزواج فلا حق لها في الوقف وليس هذا تعاقباً للوقف بصفة بل الوقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم لذكر مثل حظ الأنثيين . وقال القاضي : المستحب النسبة بين الذكر والأنثى لان القصد القرابة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة

لاعتقاده أنه يطاء في ملكه وإن كان الواطي عبداً وعليه المهر لاهل الوقف لانه وطىء جاريتهم في غير ملك أشبه الامة المطلقة، وتجب قيمته لانه كان من سبيله أن يكون مملوكاً فنعاه اعتقاده الحرية من الرق فوجبت قيمته يشترى بها عبداً يكون وفقاً وتعتبر قيمته يوم تضعه حياً لانه لا يمكن تقويمه قبل ذلك وان وطئها مكرهه أو طأوعته فعليه الحد اذا انتفت اشبهة والمهر لاهل الوقف لانه وطىء جارية غيره ويكون ولدها وفقاً معها لانه تبع لها

﴿ مسألة ﴾ (وان تلفت فعليه قيمتها يشترى بها مثلها)

سواء أتلها أجنبي أو الواقف كما لو أتل غير الوقف، وان أتل الموقوف عليه فعليه قيمته أيضاً يشترى بها مثله يقوم مقامه لانه لا يملك التصرف في رقبته أتماله نفعه ويحتمل أن يملك الموقوف عليه قيمة الولد فيما إذا وطئها أجنبي بشبهة فأنت بولد ولا يلزمه قيمته ان أولدها لذلك

﴿ مسألة ﴾ (وله تزويج الامة وأخذ مهرها وولدها وقف معها ويحتمل أن يملكه)

يجوز للموقوف عليه تزويج الامة الموقوفة لانه عقد على منفعتها أشبه الاجارة ولان الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتمايك غيره إياها والمهر للموقوف عليه لانه بذل نفعها أشبه الاجارة، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها لانه عقد على منفعتها في العمر فيفضى إلى تقويت منفعتها في حق البطن الثاني، ولان النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فتقوت خدمتها في الليل على البطن الثاني فان طلبت التزويج وجب تزويجها لانه حق لها طلبته فتعينت

ولنا انه إيصال المال اليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى لأن كل واحد منها في العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر نجب عليه نفقة امرأته وأولاده والمرأة تنفق عليها زوجها ولا يلزمها نفقة أولادها ، وقد فضل الله الذكر على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به ويتعدى الى الوقف وإلى غيره من العطايا والصلوات وما ذكره القاضي لا أصل له وهو ملغى بالميراث والعطية ، فإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أرخص بعضهم بالوقف دون بعض فقال أحمد في رواية محمد بن الحكم : إن كان على طريق الأثرة نأكره ، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعني فلا بأس به . ووجه ذلك أن الزير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته ، وعلى قياس قول أحمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه بحر يضاهمهم على طلب العلم أو ذا الدين دون الفساق أو المريض أو من له فضل من أجل فضيلته فلا بأس . وقد دل على صحة هذا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه نجل عائشة جذاذ عشرين وسقاً دون سائر ولده ، وحديث عمر أنه كتب : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين أن حدث به حدث أن ثمناً وصرة بن الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخير ورقية الذي فيه الذي أطعمه محمد ﷺ بالوادئليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرمي من أهلها أن لا يباع ولا يشتري ينفعه حيث رأى من السائل والمحرور وذوي القربى لا حرج على من وليه إن أكل أو أكل أو اشترى رقيقاً عنه . رواه أبو داود وفيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوانها وأخواتها

الاجابة اليه ومافات من الحق به يفتر تبعاً لا بقائها حقها فلا يكون مانعاً من تزويجها كغير الموقوفة اذا طلبت ذلك واذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها لأن ولد كل ذات رحم حكمه حكمها كأم الولد والمكاتبة ويحتمل أن يملك الموقوف عليه ولدها لأنه من نمانها

﴿ مسألة ﴾ (وان جنى الوقف خطأ فالأرض على الموقوف عليه ويحتمل أن يكون في كسبه)

اذا جنى الوقف جناية موجبة للمال لم يتعلق أرضها برقبته لأنه لا يمكن بيعها ويجب أرضها على الموقوف عليه لأنه ملكه تعذر تعلق أرضه برقبته فكان على مالكه كجناية أم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد ، فإن قلنا إن الوقف لا يملك فالأرض في كسبه لأنه تعذر تعلقه برقبته لكونها لا تباع وبالموقوف عليه لأنه لا يملكه فكان في كسبه كالحر ، ويحتمل أن يكون في بيت المال كإرضاء الحر المعسر . قال شيخنا : وهذا احتمال ضعيف فإن الجناية إنما تكون في بيت المال في صورة تحمها العاقلة عند عدوها وجناية العبد لا تحمها العاقلة ، وإن كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الأرض في كسبه لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرض عليه ولا يمكن تعلقه برقبته فتعين في كسبه ، ويحتمل أن يكون في بيت المال ، وإن جنى جناية توجب القصاص وجب سواء كانت على الموقوف عليه أو على

﴿ مسألة ﴾ قل (فإذا لم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين)

يعني إذا وقف على قوم ونسبهم ثم على المساكين فانتقض القوم ونسبهم فلم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين ولم ينتقل إليهم ما دام أحد من القوم أو من نسبهم بأقرب الأرتبة للمساكين بعدهم ، والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة ، والفقراء يدخلون فيهم وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما ، والمعنى الذي يسميان به شامل لهما وهو الحاجة والفاقة ولهذا لما سمي الله عز وجل المساكين في مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الأذى تنازلهما جميعاً وجاز الصرف إلى كل واحد منهما ، ولما ذكر الفقراء في قوله (لفقراء الذين أحصروا في سبيل الله) وفي قوله (وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) تنازل القسمين ، وكل موضع ذكر فيه أحد اللفظين تناول القسمين إلا في الصدقات لأن الله تعالى جمع بين الاسمين وميز بين المسميين فاحتجنا إلى التمييز بينهما ، وفي غير الصدقات يستحق الكل بكل واحد من الاسمين فإن جمع بين الاسمين ، بالوقف أيضاً فقال وقفت هذا على الفقراء ، والمساكين نصفين أو ثلاثاً وجب التمييز بينهما أيضاً فنزلناهما منزلة واحدة من سهام الصدقات ، وإن قال على الفقراء ، والمساكين فقياس المذهب جواز الاقتصار على أحد الصنفين وإباحة الدفع إلى واحد كما قلنا في الزكاة ، ويتخرج أن لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف بناء على

غيره ، فإن قتل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقيه وقفاً كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) وإن جني على الوقف جنابة موجبة للعالم وجب لأن ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل ارش الجنابة عليه فإن الحر يجب ارش الجنابة عليه فإن قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لأنه لا يختص بها ويشتري مثل الحجي عليه يكون اتفاقاً ، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة إن قلنا أنه يملك الموقوف لأنها بدل ملكه

وننا أنه يملك لا يختص به فلم يختص به بدله كالعبد المشترك والمرهون ، ويان عدم الاختصاص ظاهر فإنه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يجوز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فيعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه كما لو أنلف رجل رهناً أخذت منه قيمته فجعلت رهناً ولم يصح عفو واحد منهما عنه ، وإن كانت الجنابة عمداً محضاً من مكافئ له فالظاهر أنه لا يجب القصاص لأنه محل لا يختص الموقوف عليه فلم يجوز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك ، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك إلى الإمام فإن قطعت يد العبد أو بعض أطرافه فله استيفاء القصاص لأنه حق لا يشارك فيه غيره ، وإن كان القطع لا يوجب القصاص أو يوجب فمعا عنه وجب نصف قيمته ، فإن أمكن أن يشتري بها عبد كامل وإلا اشتري شقص من عبد

﴿ مسألة ﴾ (وإذا وقف على ثلاثة ثم على المساكين فمن مات منهم رجع نصيبه إلى الآخرين فإذا ماتا رجع إلى المساكين) لأنه جملة لهم بشرطاً بانتقاض الثلاثة فوجب اتباع شرطه في ذلك

٢١٢ الوقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين (المغني والشرح الكبير)

القول في الزكاة أيضا . ولا خلاف في أنه لا يجب تعميمهم بالعطية كما لا يجب استيعابهم بالزكاة ولا في أنه يجوز التفضيل بين من يعطيه منهم سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو كان الوقف ابتداء أو انتقل اليهم عن غيرهم ، وضابط هذا أنه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واستيعابهم والتسوية بينهم وجب استيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض ، فإن وقف على من لا يمكن حصرهم كالمساكين أو قبيلة كبيرة كبنو نعيم وبنو هاشم جاز الدفع إلى واحد وإلى أكثر منه وجاز التفضيل والتسوية لأن وقفه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على أنه لم يرده ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ، فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار ممن لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولده وولد ولده فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر مثل أن يقف علي رضي الله عنه على ولده ونسله فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لأن التعميم كان واجبا وكذلك التسوية فإذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذي يعجز عن بعضه ولأن الواقف أراد التعميم والتسوية لا مكانه وصلاحي لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن منه بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف مما لا يمكن ذلك فيهم

(فصل) وإن وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات لا يعدوم إلى غيرهم لأن المطلق من كلام المتقدمين محمول على المأثور في الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف إليه وشرحهم بأن في موضعه إن شاء الله

كسائر شروطه وكما لو وقف على ولده ثم على المساكين فإنه لا يصرف إلى المساكين شيء من الوقف إلا بعد انقراض الولد كذا ههنا

(فصل) قال رضي الله عنه (ويرجع إلى شرط الواقف في قسمه على الموقوف عليهم في التقديم والتأخير والجمع والترتيب والتسوية والتفضيل وإخراج من شاء بصفة وإدخاله بصفة وفي الناظر فيه والایقاف عليه وسائر أحواله لأنه ثبت بوقفه فوجب أن يتبع فيه شرطه ولأن ابتداء الوقف مفوض إليه فكذلك تفضيله وترتيبه، وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل أن يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ، أو من اشتغل بالعلم فله ومن تركه فلا شيء له أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له ، وكذلك إن وقف على أولاده على أن لا ينثى سهماً وللذكر سهمين أو على حسب ميراثهم أو بالعكس أو على أن للكبير ضعف ما للصغير أو للفقير ضعف ما للغني أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لما ذكرنا فكل هذا صحيح وهو على ما شرط ، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وإن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضربها فإن استغنت زوج فلا حق لها في الوقف وليس هذا تعليفا للوقف بصفة بل وقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً

تعالى ، وإن وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة ليزاد على ذلك فيعطى الفقير والمساكين ما يتم به غناؤه والغرم قدر ما يقضي غرمه ، والمساكين قدر ما يؤدي به كتابته ، وابن السبيل ما يبلغه ، والغاري ما يحتاج اليه لغزوه وإن كان غنيا ، واختلف في قدر ما يحصل به الغنى فقال احمد في رواية علي بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال إن كان الواقف ذكر في كتابه المساكين فهو مثل الزكاة ، وإن كان متطوعا أعطى ماشاء ، وكيف شاء فقد نص احمد على إلحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف في الزكاة والله أعلم ، وإن وقف على جميع الاصناف او على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاختصار على صنف واحد أو يجب اعطاء بعض كل صنف من الموقوف عليه ؟ على وجهين بناء على الزكاة

(فصل) وإذا وقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير فسبيل الله هو الغزو والجهاد في سبيل الله فيصرف ثلث الوقف إلى من يصرف اليهم السهم من الزكاة وهم الغزاة الذين لاحق لهم في الديون وإن كانوا أغنياء ، وسائر الوقف يصرف إلى كل ما فيه أجر ومثوبة وخير لأن اللفظ عام في ذلك ، وقال أصحابنا يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء فجزء يصرف إلى الغزاة وجزء يصرف إلى أقرب الناس إليه من الفقراء لأنهم أكثر الجهات ثوابا فإن النبي ﷺ قال « صدقتك على ذي القربى صدقة وصلة » والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته وهم خمسة أصناف : الفقراء والمساكين والرقاب

﴿ مسألة ﴾ (فإن لم يشترط ناظراً فالنظر للموقوف عليه وقيل للحاكم بنفق عليه من غلته)

النظر في الوقف لمن شرطه الواقف لأن عمر رضي الله عنه جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها ، ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك النظر فإن جعل النظر لنفسه جاز وإن جعله إلى غيره صح ، فإن لم يجعله إلى أحد أو جعله لإنسان فالتنظر للموقوف عليه لأنه ملكه يختص بنفسه فكان نظره إليه كملكه المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم اختاره ابن أبي موسى قال شيخنا ويحتمل أن يكون ذلك مبنياً على أن الملك فيه هل ينتقل إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى فإن قلنا هو للموقوف عليه فالنظر له فيه لأنه يملك عينه ونفعه ، وإن قلنا هو لله تعالى فالحاكم يتولاه ويصرفه إلى مصارفه لأنه مال الله فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين كالوقف على المساكين . فأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه إلى الحاكم لأنه ليس له مالك معين ينظر فيه وللحاكم أن يستنيب فيه لأن الحاكم لا يمكنه تولى النظر بنفسه

(فصل) ومتى كان النظر للموقوف عليه إما بجعل الواقف النظر له أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواء أكان واحداً مكلفاً رشيداً فهو أحق بذلك رجلاً كان أو امرأة عدلاً أو فاسقاً لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الاحوال كملكه المطلق ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين حفظاً لأصل الوقف عن البيم والتضييع ، وإن كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع لكل إنسان في حصته

٢١٤ تقسيم الوقف الى معلوم الابتداء والانتها والى منقطع ومعنى كل وحكمه (الفنى والشرح الكبير)

والقارمون لمصلحتهم وابن السبيل لان هؤلاء أهل حاجة منصوص عليهم في القرآن فكان من نص الله تعالى عليه في كتابه أولى من غيره ، وان ساروا في الحاجة وهذا مذهب الشافعي

ولنا ان لفظه عام فلا يجب التخصيص بالبعض لكونه أولى كالفقراء والمساكين في الزكاة لا يجب تخصيص أقاربه منهم بها وإن كانوا أولى ، وكذلك سائر الالفاظ العامة ، وإن أوصى في أبواب البر صرف في كل مائة بر وقربة ، وقال أصحنا يصرف في أربعة جهات : أقاربه غير الوارثين والمساكين والجهاد والحج قال أبو الخطاب وعنه فداء الامراء مكان الحج ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها

(مسئلة) قال (فان لم يجعل آخره للمساكين ولم يبق ممن وقف عليه أحد رجع الى ورثة الواقف في احدى الروايتين عن ابي عبد الله رحمه الله ، والرواية الاخرى يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف)

وجملة ذلك أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته ما كان معلوم الابتداء والانتها غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين او طائفة لا يجوز بحكم المادة انقراضهم ، وإن كان غير معلوم الانتها مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة فان الوقف يصح وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قوليه ، وقال محمد بن الحسن لا يصح .

فان كان الموقوف عليه صغيراً أو مجنوناً أو سفياً قام وليه في النظر مقامه كذلك المطلق ، وان كان النظر لغير الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم أو لبعض الموقوف عليهم لم يجوز أن يكون إلا أميناً فان لم يكن أميناً لم تصح ولايته إن كانت من الحاكم وأزيات يده ، وإن ولاه الواقف وهو فاسق أو كان عدلاً ففسق ضم اليه أمين لحفظ الوقف ولم تزل يده لانه أمكن الجمع بين الحقتين ، ويحتمل أن لا تصح تولية الفاسق وينزل اذا فسق لانها ولاية على حق غيره فتأناها الفسق كالأولاه الحاكم وكألو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته فان يده تزال لان مراعاة حفظ الوقف أهم من ابقاء ولاية الفاسق عليه (فصل) وثيقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في مصرفه وجب اتباعه في نفقته فان لم يكن شرط من غلته لان الوقف اقتضى تحييس أصله وتسييل نفقه ولا يحصل ذلك إلا بالاتفاق عليه فهو من ضرورته ، وكذلك عمارة الوقف قياساً على نفقته فان تهطت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ويحتمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على ما ذكره

(مسئلة) (وان وقف على ولده ثم على المساكين فهو لولده الذكور والاناث والحبالى بالسوية) وكذلك إن قال وقفت على أولادي أو على ولد فلان لانه شرك بينهم وإطلاق التشريك يقتضي النسوية كما لو أقر لهم بشيء وكولد الام في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء في الثلث) تساوا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض وليس كذلك في ميراث ولد الابوين وولد الاب

وهو القول الثاني للشافعي لان الوقف مقتضاه التأيد فاذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء.

ولما انه تصرف معلوم المصروف فصح كما لو صرح بمصرفه المنصل ولان الاطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كقصد البلد وعرف المصروف وهما هم أولى الجهات به فكانه عيّنهم. اذا ثبت هذا فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الوائف وبه قول الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى انه ينصرف إلى المساكين واختاره القاضي والشريف أبو جعفر لانه مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكمالات ونحوها فاذا وجدت صدقة غير معينة المصروف انصرفت اليهم كما لو نذر صدقة مطلقة. وعن أحمد رواية ثالثة انه يجعل في بيت مال المسلمين لانه مال لاستحقاق له فأشبهه مال من لا وارث له وقال أبو يوسف يرجع إلى الوائف وإلى ورثته إلا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وعلى فلان فاذا انقضى المسمى كانت للمقراء والمساكين لانه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره وبما روي ما إذا قال ينفق منها على فلان وفلان فانه جعل الصدقة مطلقة

والا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجوز أن يرجع اليه كما لو أعتق عبداً والدليل على صرفه إلى أقارب الوائف انهم أولى الناس بصدقته بدليل قول النبي ﷺ « صدقتك على غير رحمتك صدقة وصدقتك على رحمتك صدقة وصلة » وقال « انك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة »

فان الله تعالى قال (فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) ولا نعلم في هذا خلافاً ﴿ مسألة ﴾ (ولا يدخل فيه ولد البنات وهل يدخل فيه ولد البنين ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ما يدل على انه يكون وقفاً على أولاده وأولاد بنيه الذكور والاناث ما لم تكن قرينة تصرفه عن ذلك دون أولاد البنات . قال المروذي : قلت لأبي عبد الله ما تقول في رجل وقف ضيعة على ولده فأتى الأولاد وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لانهم من رجل آخر ، ووجه ذلك ان الله تعالى لما قال (يوصيكم الله في أولادكم) دخل فيه ولد البنين وإن سفلوا ، ولما قال (ولأبويه لكل واحد منهما السدس إن كان له ولد) تناول ولد البنين فالمطلق من كلام آدمي اذا خلا عن قرينه ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به ولان ولد الولد ولد بدليل قوله تعالى (يا بني آدم ، يا بني اسرائيل) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ارموا يا بني اسماعيل فان أباكم كان رامياً » وقال « نحن بنو النضر بن كنانة » ولأنه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك اذا لم يكونوا قبيلة (والرواية الثانية) لا يدخل فيه ولد الولد بحال وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات اختاره القاضي وأصحابه لان الولد حقيقة وعرفاً إنما هو ولده لصلبه وإنما سمي ولد الولد ولداً مجازاً ولهذا يصح نفيه فيقال ما هذا وليس

يتكفون الناس ولأن فيه اغناؤهم وصلة أرحامهم لأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات كذلك صدقته المنقولة إذا ثبت هذا فإنه في ظاهر كلام الحرق في ظاهر كلام أحمد يكون للفقراء منهم والأغنياء لأن الوقف لا يختص الفقراء ولو وقف على أولاده تناول الفقراء والأغنياء. كذا ههنا وفيه وجه آخر أنه يختص الفقراء منهم لأنهم أهل الصدقات دون الأغنياء. ولأننا خصصناهم بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء. ودون الأغنياء. واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف في إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة. منهم لأنهم الذين صرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه فكذلك يصرف إليهم من صدقته مالم يذكر له مصرقاً ولأن النبي ﷺ قال: «إنك إن تركت ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عائلة يتكفون الناس» فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفنا عليهم نص عليه أحمد وذكره القاضي لأن الوقف يقتضي التأيد، وإنما صرفناه إلى هؤلاء لأنهم أحق الناس بصدقته فصرف إليهم مع بقائه صدقة، ويحتمل كلام الحرق أن يصرف إليهم على سبيل الارث ويبطل الوقف فيه. فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف (والرواية الثانية) يكون وقفاً على أقرب عضبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ودون البعيد من العصبات فيقدم الأقرب فالأقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لأنهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً، وهذا لا يقوي عندي فإن استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون إلا بدليل من نص أو إجماع أو قياس ولا

إنما هو ولد ولدي. فأما ولد البنات فلا يدخلون بغير خلاف لأنهم لم يدخلوا في قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الأبعد

(فصل) فإن قال علي ولد ولدي لصبي فهو آكد في اختصاصه بالولد دون ولد الولد، وإن قال علي ولدي وولد ولدي ثم على المساكين دخل فيه البطن الأول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث وإن قال علي ولدي وولد ولدي ولد ولد ولدي دخل فيه ثلاثة بطون دون من بعدهم، وموضع الخلاف المطلق، فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد الحرمين فإنه يصرف إليه بغير خلاف، مثل أن يقول علي ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه أو قال ويفضل الولد الأكبر أو الانضل أو الأعم على غيرهم أو قال فإذا خلت الأرض من عقبى عاد إلى المساكين أو قال علي ولد ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الأعلى على الثاني أو قال الأعلى فالأعلى وأشباه ذلك فهذا يصرف لفظه إلى جميع نسله وعقبته، فإن اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول علي ولدي لصبي أو الذين يلونني ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الأول دون غيرهم، وإذا قلنا بتعميمهم أما بالقرينة وأما لقولنا إن المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تمييزاً ولا ترتيباً أحتمل أن يكون بين الجميع على التمييز لأنهم دخلوا في اللفظ دخولاً واحداً فوجب أن يشتركوا

(المغني والشرح الكبير) إن لم يكن لأواقف أقارب أو اقترضوا مصرف الوقف إلى الفقراء والمساكين ٢١٧

نعلم فيه نصاً ولا إجماعاً ولا يصح قياسه على ميراث ولا الموالى لأن علته لا تتحقق هاهنا وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى المساكين لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه فإن كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بركاته وصلاته مع جواز الصرف إلى غيرهم ولأننا إذا صرفناه إلى أقاربه على سبيل التمييز فهي أيضاً جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين، وقال الشافعي يگون وتعالى أقرب الناس إلى الواقف الذكر والأنثى فيه سواء

(فصل) فإن لم يكن لأواقف أقارب أو كان له أقارب فانقضوا مصرف إلى الفقراء والمساكين وقنا عليهم لأن القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام وإنما قدسنا الأقارب على المساكين لكونهم أولى فاذا لم يكرنوا فالمساكين أهل لذلك فصرف إليهم الأعلى قول من قال إنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكاً لهم فإنه يصرف عند عدمهم إلى بيت المال لأنه بطل الوقف فيه باقضاء وصار ميراثاً لا وارث له فكان بيت المال به أولى

(فصل) فإن قال وقت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه وقال ابن حامد يصح الوقف قال القاضي هو قياس قول أحمد فإنه قال في النذر المطلق بعدم موجبا لكفارة يمين وهذا قول مالك والشافعي في أحد قوليه لأنه إزالة ملك على وجه القربة فوجب أن يصح مطلق كالأضحية والوصية ولو قال وصيت بثلاث مالي صح وإذا صح صرف إلى مصارف الوقف المنقطع بعد انقراض الموقوف عليه

فيه كما لو أقر لهم بدين ، ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب في الميراث ، وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل أن مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن اسماعيل وترك ولداً فقال إن مات ولد علي بن اسماعيل دفع إلى ولده أيضاً لأن هذا من ولد علي بن اسماعيل فجعله لولده من مات من ولد علي بن اسماعيل عند موت أبيه وذلك لأن ولد البنين لما دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) لم يستحق ولد البنين شيئاً مع وجود آبائهم واستحقوا عند فقدهم كذا ههنا فأما إن وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب ويستحق الأعلى والأسفل على كل حال

(فصل) وإن رتب فقال وقت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناضلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى والأقرب فالأقرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فاذا انقضوا فعلى أولاد أولادي فعلى هذا الترتيب لا يستحق البطن الثاني شيئاً حتى يفرض البطن الأول كله متى بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع مقتضى كلامه وإن قال على أولادي وأولادهم ما تناضلوا وتناضلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده كان دليلاً على الترتيب لأنه لو اقتضى التثريب لاقتضى

(فصل) وان وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز الوقف عليه مثل أن يقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضا ويرجع بعد انقراض من جاز الوقف عليه الى من يصرف اليه الوقف المنقطع لان ذكره لمن لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ويحتمل أن لا يصح الوقف لانه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبه تفريق الصفة

(فصل) وان كان الوقف منقطع الابتداء مثل أن يقفه على من لا يجوز الوقف عليه كنفسه أو أم ولده أو عبده أو كنيسة أو مجهول فان لم يذكر له مالا يجوز الوقف عليه فالوقف باطل وكذلك ان جعل ماله مما لا يجوز الوقف عليه لانه أدخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف مالا يجوز وقفه وان جعل له مالا يجوز الوقف عليه مثل أن يقفه على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفة والشافعي فيه قولان كالوجهين فاذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه لاننا لما صححنا الوقف مع ذكر مالا يجوز الوقف عليه فقد الغيناؤه فإنه يتعذر التصحيح مع اعتباره وان كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كام ولده وعبد معين ففيه وجهان (أحدهما) أنه ينصرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه كالتالي قبلها ذكره أبو الخطاب (والثاني) أنه ينصرف في الحال الى مصرف الوقف المنقطع الى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه فاذا انقرض

التسوية ولو جمانا لولد الولد سهم مثل سهم أبيه ثم دفعتا اليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم وهذا ينافي التسوية ولانه يفضي الى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر من إرادة الواقف خلاف هذا فاذا ثبت الترتيب فانه يترتب بين كل والد وولده واذا مات عن ولد انتقل الى ولد سهمه سواء بقي من البطن الاول أحد أو لم يبق

(فصل) وان رتب بعضهم دون بعض فقال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا أو قال على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ما قال من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك ويرتب من رتبة بحرف الترتيب ففي المسئلة الاولى يشترك الولد وولد الولد فاذا انقرضوا صار لمن بعدهم وفي الثانية يختص به الولد فاذا انقرضوا صار مشتركا بين من بعدهما وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الاولان دون غيرهم فاذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم

(فصل) فان قال وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لاختوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لاختواته أو لولد اخواته فهو على ما شرطه ، وان قال : ومن مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن اثنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن

صرف الى من يجوز وهذا الوجه الذي ذكره القاضي وابن عقيل لان الواقف انما جعله وقفا على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه وفارق ما لا يمكن اعتبار انقراضه فانه تعذر اعتباره ولا يحاب الشافعي وجهان كهذين :

(فصل) وان كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط مثل ان يقف على ولده ثم على عبيده ثم على الساكنين خرج في صحة الوقف وجهان كمنقطع الانتهاء ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فان لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناه إذا قلنا بالصحة وان أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يأنى؟ على وجهين كما تقدم وان كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كرجل وقف على عبيده ثم على أولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته ايضا وجهان ومصرفه بعد من يجوز الى مصرف الوقف المنقطع

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه أو قال هو وقف بعد موته ولم يخرج من الثالث وقف منه بقدر الثالث الا ان تجيز الورثة)

وجملته ان الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال لانه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالتق والمبة وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ولزم وما زاد

غير ولد فنصيبه لآخيه وابني أخيه بالتسوية لانهم أهل الوقف فان مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه الى أخيه وعمه لانها أهل الوقف، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابني أخ له فنصيبه لأخويه دون ابني أخيه لانها ليسا من أهل الوقف ما دام أبوهما حياً فاذا مات أبوهما صار نصيبه لهما فاذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالتسوية ان لم يخلف ولداً فان خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولا بني عمه النصف بينهما نصفين، وان قال : من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على من هو في درجته وكان الوقف مرتباً بطناً بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لاهل البطن الذي هو منه وان كان مشتركاً بين البطون كلها احتل أن يكون نصيبه بين جميع أهل الوقف لانهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة ولاننا لو صرفنا نصيبه الى بعضهم أفضى الى تفضيل بعضهم على بعض والتشريك يقتضي التسوية فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لانه لو سكت عنه كان الحكم كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه الى سائر البطن الذي هو منه لانهم في درجته في انقرب الى الحد الذي يجمعهم ويستوي في ذلك أخوته وبنو عمه وبنو عم أبيه لانهم سواء في القرب ولاننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه لم يكن في هذا الشرط فائدة والظاهر أنه قصد سبباً يفيد فعلى هذا إن لم يكن في درجته أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره وان كان الوقف على البطن الاول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه الى ولده ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه الى من في درجته ففيه ثلاثة أوجه :

على الثالث لزم الوقف منه في قدر الثالث ووقف الزائد على اجازة الورثة لا نعلم في هذا خلافا عند القائلين بلزوم الوقف وذلك لان حق الورثة تعالى بالمال بوجود المرض فضع التبرع بزيادة على الثالث كالمطايا والعق فاما اذا قال هو وقف بعد موتي فظاهر كلام الخرقي أنه يصح ويعتبر من الثالث كسائر الوصايا وهو ظاهر كلام الامام أحمد وقال القاضي لا يصح هذا لانه تعليق للوقف على شرط وتعليق الوقف على شرط غير جائز بدليل ما لو علقه على شرط في حياته وحل كلام الخرقي على أنه قال قفوا بعد موتي فيكون وصية بالوقف لا إيقافا ، وقال ابو الخطاب قول الخرقي هذا يدل على جواز تعليق الوقف على شرط .

ولنا على صحة الوقف بالمعلق بالموت ما احتج به الامام احمد رضي الله عنه أن عمرأ وصى فكان في وصيته : هذا ما وصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان تمنا صدقة وذكر بنية الخبر وقد ذكرناه في غير هذا الموضع ورواه أبو داود بنحو من هذا وهذا نص في مسئلتنا ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ ولانه اشتهر في الصحابة فلم ينكر فكان إجماعا ولان هذا تبرع معلق بالموت فصح كالمية والصدقة المطلقة أو تقول صدقة معلنة بالموت فأشبهت غير الوقف وبفارق هذا التعليق على شرط في الحياة بدليل الهبة المطلقة والصدقة وغيرها وذلك لان هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم والمجهول وللمحمل وغير ذلك وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كانوا من بطن واحد أو من بطون وسواء تساوت انصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل (والثاني) أن يكون لاهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فوات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن اثنين فوات أحد الابنين وترك أخاه وابن عمه وابناً لعمه الحي فيكون نصيبه بين أخية وابني عمه (والثالث) أن يكون لاهل بطنه من أهل الوقف فيكون على هذا لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، فان كان في درجة في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فوات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن لارابع فيه شيء لانه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم

(فصل) وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة على ان من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وإن مات فلان فنصيبه لاهل الوقف فهو على ما شرط ، وكذلك إن كانت بنون وبنات فقال : من مات من الذكور فنصيبه لولده ، ومن مات من البنات فنصيبها لاهل الوقف فهو على ما قال ، وإن قال على أولادي على أن يصرف الى البنات منه ألف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئاً حتى يستوفي البنات الألف لانه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه والحكم فيه على ما قال لانه

(فصل) ولا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل ان يقول اذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو فرمي حبيس أو اذا ولد لي ولد أو اذا قدم لي غائب ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافا لانه نقل للمالك فيما لم يبين على التغليب والسراية فلم يجوز تعليقه على شرط كالمبة وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

(فصل) وان عاق انتهاؤه على شرط نحو قوله داري وقف الى سنة أو الى ان يقدم الحاج لم يصح في أحد الوجهين لانه ينافي منتهى الوقف فان مقتضاء التأيد وفي الآخر يصح لأنه منقطع الانتفاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتفاء فان حكمنا بصحته ههنا فحكمه حكم منقطع الانتفاء .

(فصل) وان قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح وكذلك ان قال هذا وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح لانه وقف متصل بالابتداء والانتفاء وان قال وقف على المساكين ثم على أولادي صح ويكون وقفا على المساكين ويلغى قوله على أولادي لان المساكين لا انقراض لهم (فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في الوقف في مرضه على بعض ورثته فعنه لا يجوز ذلك فان فعل وقف على إجازة سائر الورثة قال أحمد في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن أوصى لأولاد بنيه بارض توقف عليهم فقال : ان لم يرثوه فجاز فظاهر هذا انه لا يجوز الوقف عليهم في المرض

جعل البنات كذوي الفروض وجعل البنين كالمصبات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوي الفروض (فصل) فان كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابنين المسمين وعلى أولادها وأولاد الثالث ولا شيء للثالث ، وقال القاضي يدخل الثالث في الوقف وذكر أن أحمد قال في رجل قال : وقفت هذه الضيقة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون في الوقف واحتج القاضي بأن قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيد لبعضهم ولا يوجب اخراج بقيتهم كالمطوف في قوله ! (من كان عدواً لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال)

ولنا انه أبطل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاخص ببعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لان بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى : (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ، ولو قال ضربت زيدا رأسه أو رأيت زيدا وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه ، ومنه قول القائل : طرحت الثياب بعضها فوق بعض ، فان الفوقية تختص ببعض مع عموم اللفظ الاول كذا ههنا وفارق المطف فان عطف الخاص على العام يقتضي تأكيد لاختصاصه وكلام أحمد : هم شركاء يحتمل أن يعود الى أولاد أولاده أي يشترك أولاد الموقوف عليها وأولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقيام

اختاره ابو حفص العكبري وابن عتيل وهو مذهب الشافعي ، (والرواية الثانية) بجوز أن يقف عليهم ثلثه كالأجانب فانه قال في رواية جماعة منهم الميموني: يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته ثقيل له أليس تذهب انه لا وصية لوارث ؟ فقال نعم والوقف غير الوصية لانه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ينتفعون بقلته ، وقال في رواية احمد بن الحسن فانه صرح في مسئلته بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال جاز قال الخبري وأجاز هذا الا كثرون واحتج احمد رضي الله عنه بحديث عمر رضي الله عنه انه قال هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ان حدث به حدث ان نفا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخير ورقته الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ تليه حفصة ماعاشت ثم يليه ذوي الرأي من أهله لا يباع ولا يشتري بنفقة حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى ولا حرج على من وليه ان أكل أو اشترى رقيقا رواه ابو داود بنحو من هذا فالجدة انه جمل الحفصة أن تلي وقفه وتأكل منه ونشترى رقيقا قال الميموني قلت لأحمد انما أمر النبي ﷺ بالإنفاق وليس في الحديث الرارث قال فاذا كان النبي ﷺ أمره وهو ذاق وقفها على ورثته وحبس الأصل عليهم جميعا ولان الوقف ليس في معنى المال لانه لا يجوز التصرف فيه فهو كعق الوارث

ولنا انه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فمنع منه كالميتات ، ولان كل من لا يجوز له الوصية

الدليل عليه ، ولو قال على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا قال شيخنا ويمثل أن يدخل في الوقف ولد ولده لانتا قد ذكرنا من قبل ان ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولد ولدي يتناول نسله وعاقبته كلها

(فصل) ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وله حمل لم يستحق شيئا قبل انفصاله لانه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله ، وقال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وماتوا ولم يولد مولود : فان كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهي للأول ، وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم ، وانما قال ذلك لانها قبل التأبير تنقسم الأصل في البيع وهذا الموجود يستحق نصيبه من الأصل فتبعه حصته من الثمرة كما لو اشترى ذلك النصب من الأصل وبعد التأبير لا تنقسم الأصل ويستحقها من كان له الأصل فكانت للأول لأن الأصل كان كله له فاستحق ثمرته كما لو باع هذا النصب منها ولم يستحق المولود منها شيئا كالمشتري وهكذا الحكم في سائر الثمرات الظاهر على الشجر لا يستحق المولود منها شيئا ويستحق عما ظهر بعد ولادته ، وان كان الوقف أرضا فيها زرع يستحقه البائع فهو للأول ، وان كان عما يستحقه المشتري فالمولود حصته منه لان المولود يتجدد استحقاقه للأصل كتجدد ملك المشتري فيه

(مسئلة) (وان وقف على عقبه أو ولد ولده أو ذريته أو نسله دخل فيه ولد البنين بغير خلاف علمناه)

بالمعين لا تجوز بالمنفعة كالأجنبي فيما زاد على الثلث ، وأما خبر عمر فإنه لم يخص بعض الورثة بوقفه والنزاع إنما هو في تخصيص بعضهم ، وأما جعل الولاية لحفصة فليس ذلك وقفاً عليها فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع ، وكونه انتفاعاً بالغلة لا يقتضي جواز التخصيص بدليل ما لو أوصى لورثته بمنفعة عبد لم يجز ، وبمحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية الجماعة على أنه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرنا

(فصل) فإن وقف داره وهي تخرج من الثلث بين ابنه وبنته نصفين في مرض موته فعلى رواية الجماعة يصح الوقف ويلزم لأنه لما كان يجوز له تخصيص البنت بوقف الدار كلها فنصفها أولى ، وعلى الرواية التي نصرناها أن أجاز الابن ذلك جاز وإن لم يجزه بطل الوقف فيما زاد على نصيب البنت وهو السدس ويرجع إلى الابن ملكاً فيكون له النصف وقفاً والسدس ما كان مطلقاً والثلث للبنت جميعه وقفاً وبمحتمل أن يبطل الوقف في نصف ما وقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفاً ونصفها لابن وربها للبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثاً لابن ثلثه والبنت ثلثه ونصفها من اثني عشر لابن ستة أسهم وقفاً وسهمان ملكاً والبنت ثلاثة أسهم وقفاً وسهم ملكاً ، ولو وقفها على ابنته وزوجته نصفين وهي تخرج من الثلث فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها وللابن إبطال الوقف في ثلاثة أثلاثه فترجع إليه ملكاً على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يصح الوقف

وأما ولد البنات فقال الحنفي لا يدخلون فيه وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعنى إلى هذه المسئلة ويحتمل أن يكون مقصوداً فيمن وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده وعن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن ، وكذلك إذا قال على ذرية ، ونسله وروى عن أحمد أنهم يدخلون في الوصية وذهب إليه بعض أصحابنا وهذا مثله وقال أبو بكر وابن حامد يدخل فيه ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد أولاده حقيقة فيجب أن يدخلوا في اللفظ لتناوله لهم بدليل قوله تعالى (ونوحاً هدينا من قبل ومن ذرية داود وسليمان) إلى قوله (وعيسى) وهو ولد بنته فجعله من ذريته ولذلك ذكر الله تعالى قصة إبراهيم وعيسى وموسى وإسماعيل وأدريس ثم قال (أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم ومن حملنا مع نوح ومن ذرية إبراهيم وإسرائيل) وعيسى معهم ولما قال الله تعالى (وحلائل أبنائكم) دخل في التحريم حلائل أبناء البنات وقال النبي ﷺ الحسن « ان ابني هذا سيد » ووجه الرواية الأولى أنهم لم يدخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) ولأنه لو وقف على ولد فلان وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنات دون ولد البنات وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة لأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر

بنونا بنو آبائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباة

على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع اليه باقي حصته ملكا ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا فاضرب سبعة في ثمانية تكون ستة وخمسين، الابن ثمانية وعشرون وقفا وأحد وعشرون ملكا للمرأة أربعة أسهم وقفا وثلاثة ملكا، وهكذا ذكر أصحاب الشافعي فأما ان كانت الدار جميع ملكة فوقها كلها فعلى ما اخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فان الوارث في جميع المال كالأجنبي في الزائد عن الثلث، وأما على ما رواه الجماعة فان الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وفيما زاد فلهما إبطال الوقف فيه والابن إبطال التسوية، فان اختار إبطال التسوية دون إبطال الوقف خرج فيه وجهان (أحدهما) انه يبطل الوقف في التسوية ويرجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفا والتسع ملكا ويكون للثمن السدس والتسعين وقفا لان الابن إنما ملك إبطال الوقف في ماله دون ما لغيره (والوجه الثاني) ان له إبطال الوقف في السدس وبصير له النصف وقفا والتسع ملكا ولابنت الثلث وقفا ونصف التسع ملكا لثلاث زداد البنت على الابن في الوقف وتصح المسئلة في هذا الوجه من ثمانية عشر، للابن تسعة وقفا وسهمان ملكا ولابنت ستة أسهم وقفا وسهم ملكا، وقال أبو الخطاب له إبطال الوقف في الربع كله وبصير له النصف وقفا والسدس ملكا ويكون لابنت الربع وقفا ونصف السدس ملكا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث وتصح من اثني عشر

وقولهم انهم أولاد أولاده حقيقة قلنا لأنهم ينتسبون الى الواقف عرفا وكذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين الي لم يدخلوا في الوقف ولان ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولا ينتسب الي أبيها وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له نسب ينتسب اليه فنسب اليه الله وقول النبي صلى الله عليه وسلم للحسن « ان ابني هذا سيد مجاز بالاتفاق » بدليل قول الله تعالى (ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله) والقول بأنهم يدخلون يصح وأقوى دليلا لأنهم أولاد أولاده حقيقة فأما قياسهم على ما اذا كانوا قبيلة فيفارق ما اذا وقف على ولد فلان وليسوا قبيلة لانه لو وقف على بني فلان وهم قبيلة دخل فيه البنات بخلاف ما اذا وقف على بني انسان حي أو ميت وليسوا قبيلة وقياسهم على ما اذا قال وقفت على ولد وادي المنتسبين إلي لا يصح لأنهم خرجوا من الوقف لكونهم لا ينتسبون وباقي الادلة ضعيفة جداً

(مسئلة) (فان قال على ولد ولدي لصلبي أو المنتسبين إلي لم يدخل ولد البنات)

والخلاف إنما هو إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الامرين فأما إن وجد ما يصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف اليه فلو قال على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهما ولولد البنين سهمين أو قال فإذا خلت الارض ممن يرجع نسبه إلي من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الاول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات ونحو هذا ما يدل على ارادة ولد البنات بالوقف دخلوا في الوقف وان قال على أولادي وأولاد أولادي المنتسبين أو غير ذوي الارحام أو نحو ذلك لم يدخل

(مسألة) قال (وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً بيع واشتري بثمانه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفاً كالاول وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصالح للغزو بيع واشتري بثمانه ما يصالح للجهاد)

وجملة ذلك أن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كدار أهدمت أو أرض خربت وعادت موانا ولم تمكن عمارتها أو مسجد انتقل أهل القرية منه وصار في موضع لا يصلح فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا يبيع بعضه جاز يبيع بعضه لتعمير به بقيته ، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه يبيع جميعه . قال أحمد في رواية أبي داود إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما ومصرف ثمنهما عليه ، وقال في رواية صالح يحول المسجد خوفاً من الصوص ، وإذا كان موضعه قد رآقال القاضي يعني إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله وتكون الشهادة في ذلك على الإمام قال أبو بكر وقد روى علي بن سعيد إن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها قال وبالقول الاول أقول لاجتماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصالح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل أن تدور في الرعي أو

فيه ولد البنات وإن قال علي ولدي فلان وفلانة وفلان وأولادهم دخل فيه ولد البنات وكذلك إن قال علي أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده وإن قال الهاشمي وقفت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي فأما من كان هاشمياً من غير أولاد بنيه فهل يدخلون؟ على وجهين (أولهما) أنهم يدخلون لانه اجتمع فيهم الصفتان جميعاً كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين (والثاني) لا يدخلون لأنهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فأشبهه ما لو لم يقل الهاشميين وإن قال علي أولادي وأولاد أولادي ممن ينتسب إلى قبلي فكذلك (فصل) والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وقال القاضي المستحب التسوية بين الذكر والانثى لان القصد القرابة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة

ولنا أنه إيصال المال إليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر يجب عليه نفقة امرأته وأولاده والمرأة تنفق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة أولادها وقد فضل الله تعالى الذكر على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به ويتعدى إلى الوقف والعطايا والصلات وما ذكره

٢٢٦ قول محمد بن الحسن إن الوقف إذا خرب عاد إلى ملك واقفه (الغنى والشرح الكبير)

يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة في تواجها أو حصاناً يتخذ للطراق فإنه يجوز بيعها ويشتري بثمنها ما يصلح لغرضه نص عليه أحمد وقال محمد بن الحسن إذا خرب المسجد أو الوقف عاد إلى ملك واقفه لأن الوقف إنما هو تسبيل المنفعة فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه وقال مالك والشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله ﷺ لا يباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث ، ولأن مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطّلها كالمعتق والمسجد أشبه الأشياء بالمعتق ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد تقب بيت المال الذي بالكوفة أنقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فإنه إن بزال في المسجد مصل وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان إجماعاً ، ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر ابقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبلها أو قبلها غيره ، قال ابن عقيل الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأييده على وجه يخصصه استبقا الفرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى وإبصال الإبدال جرى مجرى الأعيان وجمودنا على العين مع تعطّلها تضيق الفرض ويترب هذا من الهدى إذا عطب في السفر فإنه يذبح في الحال وإن كان يخصص بموضع ، فلما تعذر تحصيل الفرض بالكيفية استوفى منه ما يمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره لأن مراعاته مع تعذره تغني إلى فوات الانتفاع بالكيفية وهكذا الوقف المعطل المنان

القاضي لا أصل له وهو ملني بالمراث والعطية وإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض فقال أحمد في رواية محمد بن الحكم إن كان على طريق الأثرة فأكرهه ، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعني فلا بأس به . ووجه ذلك أن الزبير خص المردودة من ثأته دون المستغنية منهن بصدقته وعلى قياس قول أحمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضاً لهم على طلبه ، أو ذا الدين دون الفساق أو المريض أو من له فضيلة من أجل فضيلته فلا بأس وقد دل على ذلك أن أبا بكر رضي الله عنه نحل عائشة جذاً ذئباً وعشرين وسقاً دون بسائر ولده وحديث عمر أنه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث إن ثمنا وصرمة بن الأكوخ العبد الذي فيه والمائة سهم التي بخير ورقيقه الذي فيه الذي أطعمه محمد صلى الله عليه وسلم بالواد تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشتري بفقده حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشتري رقيقاً منه رواه أبو داود فيه دليل على تخصيص حفصة دون أخوتها وأخواتها

(مسئلة) (وان وقف على بنه أو بني فلان فهو للذكر خاصة دون الأنثى والختاني عند الجمهور) وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن واسحق وأبو ثور هو للذكر والأنثى جميعاً لأنه لو وقف على

ولنا علي محمد بن الحسن أنه إزالة ملك على وجه القرية فلا يعود إلى مالكه باختلاله
وذهاب منافعه كالتعق

(فصل) وظاهر كلام الحرفي أن الوقف اذا بيع فأبي شيء اشترى بشئ مما يرد على أهل الوقف
جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لأن المقصود المنفعة لا الجنس لكن تكون المنفعة مصروفة
إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها لأنه لا يجوز تغيير المصروف مع إمكان المحافظة عليه كما
لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به

(فصل) واذا لم يف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعيى به في شراء فرس حبيس يكون
بعض الثمن نص عليه أحمد لأن المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها عن الضياع
ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق

(فصل) وإن لم تعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر ردا على
أهل الوقف لم يجوز بيعه لأن الأصل تحريم البيع وإنما أبيع للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع
مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع وإن قل ما يضيع المقصود المهم إلا أن يبايع في قلة النفع إلى حد لا يعد
نفعاً فيكون وجود ذلك كالمعدم

بني فلان أو أوصى لهم وهم قبيلة دخل فيه الذكر والانثى وقال الثوري ان كانوا ذكوراً وإناثاً فهو
بينهم وإن كن بنات لا ذكر معهن فلا شيء لهن لأنه متى اجتمع الذكور والاناث غلب لفظ التذكير
ودخل فيه الاناث كلفظ المسلمين

ولنا أن لفظ البنين يختص بالذكر قال الله تعالى (أصطفى البنات علي البنين) وقال تعالى (أم اتخذ
بما يخلق بنات وأصفاكم بالبنين؟) وقال تعالى (زين الله للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وقال تعالى
(المال والبنون زينة الحياة الدنيا) وقد أخبر أنهم لا يشتهون البنات فقال (ويجعلون لله البنات سبحانه ولم
ما يشتهون) وإنما دخلوا في الاسم إذا صاروا قبيلة لأن الاسم نقل فيهم عن الحقيقة إلى العرف ولهذا
تقول المرأة أنا من بني فلان إذا انتسبت إلى القبيلة ولا تقول ذلك إذا انتسبت إلى أبيها، فلما ان
وقف على بناته أو وصى لهن دخل فيهن البنات دون غيرهن ولا يدخل فيهن الخنثى المشكل لأنه لا يعلم
كونه انثى لا نعلم في ذلك خلافاً

﴿ مسألة ﴾ إلا ان يكونوا قبيلة فيدخل فيه النساء دون أولادهن من غيرهم أما اذا وقف على
بني فلان أو ولد فلان وهم قبيلة كبني هاشم وبهم فانه يدخل فيه الذكر والانثى والخنثى ويدخل ولد
الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم من غيرهم لأن اسم القبيلة يشتمل ذكرها وانثاها قال الله تعالى
(يا بني آدم- ولقد كرّمنا بني آدم) يريد الجميع وروي ان جوارى بني النجار ولبن نحن جوار من بني
النجار يا حبذا محمد من جار ويقال امرأة من بني هاشم ولا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة .

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ويجعل تحته سقاية وحوائيت فامتنع بعضهم من ذلك؛ فينظر إلى قول أكثرهم واختلاف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا في مسجد أراد أهله انشاءً ابتداءً واختلفوا كيف يعمل؟ وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزاً لأن ماله إليه أما بعد كونه مسجداً لا يجوز جعله سقاية ولا حوائيت، وذهب القاضي إلى ظاهر اللفظ وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ماتحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك والاول أصح وأولى، وإن خالف الظاهر فإن المسجد لا يجوز نقله وإبداله ويبيع ساحته وجعلها سقاية وحوائيت إلا عند تعذر الانتفاع به، والحاجة إلى سقاية وحوائيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوائيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوائيت ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بمحصين من السكالك وله منارة فرخص في نقضها وبناء حائط المسجد بها المصلحة

(فصل) ولا يجوز أن يغرس في المسجد شجرة نص عليه أحمد وقال إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الاكل منها ولو قلعها الإمام لجاز وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا وإنما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولأن الشجرة تؤذى المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وتغريها وتقط عليها العصائير والطير فتبول في المسجد

(مسئلة) (وان وقف على قرابته أو قرابة فلان فهو المذكور والائني من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربي)

وجملة ذلك أن الرجل إذا وقف على قرابته أو قرابة فلان صرف الوقف إلى الذكر والائني من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه ويستوي فيه الذكر والائني ولا ينصرف إلى من هو أبعد منهم شيء لأن الله تعالى لما قال (ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى فلاه ولا رسول ولذي القربي) يعني قربي النبي ﷺ أعطى النبي ﷺ أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكرهم وأنثاهم ولم يعط من هو أبعد منهم كبني عبد شمس وبني نوفل شيئاً إلا أنه أعطى بني المطلب بن عبد مناف وعلل عطيتهم بأنهم لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً ولم يعط منهم إلا مسلماً فحمل مطلق كلام الواقف على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به ويسوي بين قريتهم وبهيدم وذكرهم وأنثاهم لأن اللفظ يشملهم وبين الكبير والصغير والغني والفقير لذلك ولا يدخل فيه الكفار لأنهم لم يدخلوا في المستحق من قربي النبي ﷺ وهذا اختيار الحنفي وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى أنه يصرف إلى قرابة أمه إن كان يصلهم في حياته كاخوته من أمه وأخواته وخالاته، وإن كان لا يصلهم في حياته لم يعطوا شيئاً لأن صلته إياهم في حياته قرينة دالة على إرادتهم بصلته هذه

وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليستطعموها ، وأما ان كانت النخلة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والنخلة فيها فلا بأس ، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبيعها من الجيران ، وقال في رواية أبي طالب في النخلة لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم لان صاحب الأرض لما جعلها مسجداً والنخلة فيها فقد وقف الأرض والنخلة معها ولم يمين مصرفها فصارت كالوقف المطابق الذي لم يمين له مصرف وقد ذكرنا فيه في إحدى الروايات أنه للمساكين فأما ان قال صاحبها هذه وقف على المسجد فيبني أن يباع ثمرها ويصرف اليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره ، قال أبو الخطاب عندي أن المسجد اذا احتاج الى ثمن ثمرة الشجرة يعمت ومصرف ثمنها في عمارته قال وقول أحمد يأكلها الجيران محمول على أنهم يعدونه

(فصل) وما فضل من حصر المسجد وزيته ولم يحتج اليه جاز أن يجعل في مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم وكذلك ان فضل من قصبه أو شي من نقضه ، قال أحمد في مسجد بني فبقي من خشبه أو قصبه أو شي من نقضه فقال يعان به في مسجد آخر أو كما قال . وقال المروذي سألت أبا عبد الله عن بواقي المسجد اذا فضل منه شيء أو الخشبة قال يتصدق به وأرى انه قد احتج بكسوة البيت اذا تحرق تصدق بها ، وقال في موضع آخر قد كان شيعة يتصدق بخلفان الكهنة

وعنه رواية ثالثة أنه يجاوز بها أربعة آباء ذكرها ابن أبي موصى في الارشاد وهي تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقيد الذي ذكرناه فعلى هذا يعطي كل من يعرف قرابته من قبل آبيه وأمه الذين ينتسبون الى الاب الادنى ، وهذا مذهب الشافعي لانهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومه واعطاء النبي ﷺ بعض قرابته تخصيصاً لا يمنع من العمل بالعموم في غير هذا الموضع وقال أبو حنيفة قرابته كل ذي رحم محرم فيعطي من أدناهم اثنان فصاعداً فاذا كان له عم وخلان أعطى عمه النصف وخاليه النصف . هكذا روي عنه فيما اذا أوصى لقرابته . وقال قتادة : للاعمام الثلث وللأخوال الثلث وهو قول الحسن ، قال ويزاد الاقرب بمحض الزيادة ، وقال مالك يقسم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد

ولنا أن هذا له عرف في الشرع وهو ما ذكرناه فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف القوي كالوضوء والصلاة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بنبي الرحم المحرم فان اسم القرابة يقع على غيرهم عرفاً وشرعاً وقد يحرم على الرجل ربييته وأمهات نسائه ولا قرابة لهم وتحمل له ابنة عمه وخاله وهن من أقاربه وما ذكره من التفضيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير اليه تحكم . فأما ان كان في لفظه ما يدل على ارادة قرابة أمة كقوله وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أمي أو قوله إلا ابن خالتي فلانا أو نحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة لانها تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره

وروى الخلال بإسناده عن علقمة عن أمه أن شيبه بن عثمان الحببي جاء إلى عائشة رضي الله عنها فقتل يأم المؤمنين أن ثياب الكعبة تكثر عليها فنزعها فنحزرها فأباراً فدفنوها فيها حتى لا تلبسها الخائض والجنب قالت عائشة بئس ما صنعت ولم أنصب، أن ثياب الكعبة إذا نزع لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعثها وجعلت منها في سبيل الله والمساكين فكان شيبه يبعث بها إلى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة وهذه قصة مثلاً ينتشر ولم ينكر فيكون إجماعاً، ولأنه مال الله تعالى لم يبق له مصرف فنصرف إلى المساكين كالوقف المنقطع

(فصل) إذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب سواء كانت الجناية على الوقف عليه أو على غيره فإن قتل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقيه وقفاً كما لو تاف بفعل الله تعالى وإن كانت الجناية موجبة المال لم يمكن تعلّقها برقبته لأنه لا يمكن بيعها ويجب إرثها على الموقوف عليه لأنه ملكه تعلّق إرثه برقبته فكان على مالكه كأم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد، وإن قلنا الوقف لا يملك فالأرض في كسبه لأنه تعذر تعلّقه برقبته لكونها لا تباع وبالموقوف عليه لأنه لا يملك فكان في كسبه كالحر يكون في ماله ويحتمل أن يكون في بيت المال كإرث جناية الحر المعسر وهذا احتمال ضعيف جداً فإن الجناية إنما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها وجناية العبد لا تحملها العاقلة وإن كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الأرض في كسبه لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرض عليه ولا يمكن تعلّقه برقبته لتعذر بيعها فمعين في كسبه ويحتمل أن يجب في بيت المال

(مسئلة) (وأهل بيته بمنزلة قرابته وقال الحرقي يعطى من قبل أبيه وأمه)

المختص عن أحمد رحمه الله أن أهل بيت بمنزلة قرابته فإنه قال في رواية عبد الله إذا أوصى بثلاث ماله لأهل بيته فهو بمثابة قوله لقرابتي، وحكاها ابن المنذر عن أحمد وقال قال أحمد قال النبي ﷺ «لا تحل الصدقة لي ولا لأهل بيتي» فجعل سهم ذوي القربى لهم عوضاً عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوي القربى الذين ساهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال «أذكركم الله في أهل بيتي» قال قلنا من أهل بيته نساؤه؟ قال لا أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة بعده آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل عباس قال القاضي قال ثعلب أهل البيت عند العرب أباء الرجل وأولادهم كالآجداد والأعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكور والإناث وذكر القاضي أن أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة والأهل بيته وليس هذا بشيء فإن ولد النبي ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حرّموا الصدقة وأعطوا من سهم ذوي القربى وهم أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه؟ وقد قال النبي ﷺ لأطمة وولديها وزوجها «ألقم هؤلاء أهل بيتي فاذهب عنهم الرجم وطهرهم تطهيراً» ولو وقف على أقارب رجل أو وصى لأقاربه دخل فيه وولده بغير خلاف علمناه والحرقي قد عدّهم في القرابة بقوله لا يجاوز به أربعة لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي

(فصل) وان جنى على الوقف جناية موجبة للمال وجب لان ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل أرض الجناية عليه فان الحري يجب أرض الجناية عليه فان قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لانه لا يختص بها وبشترى بها مثل المجنى عليه يكون وقفاً ، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة ان قلنا انه يملك الموقوف لانه بدل ملكه

ولنا انه ملك لا يختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون وبيان عدم الاختصاص ظاهر فانه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يجوز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فنفقوا عنه فلم يصح العزو عن شيء منه كما لو أتلّف رجل رهنا أخذت منه قيمته فجعلت رهنا ، ولم يصح عزو واحد منها عنه ، وان كانت الجناية عمداً محضاً من مكافئ له فالظاهر انه لا يجب القصاص لانه محل لا يختص به الموقوف عليه فلم يجوز أن يتنص من قاتله كالعبد المشترك ، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك إلى الامام فان قطعت يد العبد او طرف من أطرافه فالقصاص له وله استيفاؤه لانه لا يشاركه فيه غيره وان كان القطع لا يوجب القصاص او يوجب ففنى عنه وجب نصف قيمته ، فان أمكن أن يشتري بها عبد كامل والا اشترى بها شقص من عبد

(فصل) ويجوز نزويج الامة الموقوفة لانه عقد عقد على منفعتها أشبه الاجارة ، ولان الموقوف

القربى فجعل هاشما الاب الرابع ولا يكون رابعاً الا ان يعد النبي صلى الله عليه وسلم ابا لان هاشما انما هو رابع النبي صلى الله عليه وسلم ووجه قول الحرقي ان امه من اهل بيته فكذلك اثارها من اولادها وابويها واخوتها واخواتها

(مسألة) (وقومه ونسباؤه كقرايته لان قوم الرجل قبيلته وهم نسباؤه)

قال الشاعر :

قلت لها أما رقتي قومه نعيم وأما أمرتي فبيان

وقال أبو بكر هو بمثابة أهل بيته لان أهل بيته أقاربه وأقاربه قومه ونسباؤه وقال القاضي إذا قال لرحمي أو لأرحامي أو لنسبائي أو لمناسبي صرف الى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الاب الخامس فعلى هذا يصرف الى كل من يرث بنرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الاحوال قال شيخنا وقول أبي بكر في المناسبين أولى من قول القاضي لان ذلك في العرف على من كان من العشيرة التي ينتسبان اليها واذا كان كل واحد منها ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له .

(فصل) وآله مثل قرابته فان في بعض النماط حديث زيد بن أرقم عن آل رسول الله ﷺ قال أصله وعشيرته الذين حرّموا الصدقة بهذه آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقیل والاصل في آل أهل قبلت الماء همزة كما قالوا هرقت الماء وارقته ومدت له لا يجتمع همزتان

عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتمليك غيره إياها ووليها الموقوف عليها ملكها والمهر له لأنه بدل نفعا أشبه الاجر في الاجارة ، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها لأنه عقد على نفعا في العمر فيفني إلى قفوت نفعا في حق البطن الثاني ولأن النكاح يتعلق بحق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها وميتها عنده فتفوت خدمتها في القيل على البطن الثاني إلا أن تطلب التزويج فيتمين تزويجها لأنه حق لها طلبه فتعين الاجابة اليه ومافات من الحق به فاتبعها لا يفاتها حقها فوجب ذلك كما يجب تزويج الأمة غير الموقوفة إذا طلبت ذلك وإذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها لأن ولد كل ذات رحم ثبت لها حرمة حكمها كأم الولد والمساكنة ، وإن أكرها أجنبي فوطئها أو طأعته فعليه الحد إذا انتفت الشبهة وعليه مهر لاهل الوقف لأنه وطئ جارية غيره أشبه الأمة المطلقة وولدها يكون وقفا معها ، وإن وطئها بشبهة فمقتضاها حرة فالولد حر ولو كان الواطي عبداً وتجب قيمته لأنه كان من سبيله أن يكون مملوكاً فنعاه اعتقاد الحرية من الرق فوجب قيمته بشرى بها عبد يكون رقيقاً وتعتبر قيمته يوم يضعه حياً لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك

(فصل) وليس للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة لأنها لا تأمن حبلاً فتنتص أو تنف أو تخرج من الوقف بكونها أم ولد ولأن ملكه ناقص فإن وطئ فلا حد عليه لشبهة ولا مهر عليه لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب للانسان شيء على نفسه والولد حر لأنه من وطئ شبهة وعليه قيمة الولد بشرى

(مسئلة) (والعترة هم العشيرة الادنون في عرف الناس وولده الذكور والاناث وإن سفلوا فسموا ابن قتيبة وقد توقف أحمد في ذلك وقال ثعلب وابن الاعرابي العترة الاولاد وأولاد الاولاد ولم يدخلوا في ذلك العشيرة والاول أصح وأشهر في عرف الناس ووجه الاول قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب رسول الله ﷺ نحن عترة رسول الله ﷺ ويضته التي تفقت عنه فلم ينسكه أحد وهم أهل الاسان فلا يعزل على ما خالفه

(مسئلة) (وذوو رحمه كل قرابة له من جهة لا بأمر الامهات)

قال القاضي بنصرف الى قرابته من جهة أبيه وأمه ويتمدى ولد الاب الخامس وقد ذكرنا ذلك في مسألة القوم والنسباء

(مسئلة) (والإيأى والعزاب من لا زوج له من الرجال والنساء)

ذكره أصحابنا قال شيخنا ويحتمل أن يختص اسم الإيأى النساء اللاتي لا أزواج لهن قال الله تعالى (وأنكحوا الإيأى منكم) وفي الحديث «أعوذ بالله من بوار الإيأى» ووجه الاول ما روى سعيد بن المسيب أنه قال : آمت حنيفة بنت عمر من زوجها وآم عثمان من رقية قال الشاعر :

فان تنسكحي انسكح وان تنأيي وان كنت أفنى منكم أنأي
وقول شيخنا أولى لأن العرف يختص النساء بهذا الاسم والحكم للعرف ولأن قول النبي

(المنفي والشرح الكبير) اذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة ٢٣٣

بها عبد مكانه وتصير أم ولد لانه أحيلها بحر في ملكه فإذا مات عتقت ووجبت قيمتها في تركته لانه أنفذها على من بعده من البطون فيشتري بها جارية تكون وقفاً مكانها وإن قلنا أن الموقوف عليه لا يملكها لم تصير أم ولد له لانها غير مملوكة له

(فصل) وإن أعتق العبد الموقوف لم ينفذ عتقه لانه يتعلق به حق غيره ولأن الوقف لازم فلا يمكن إبطاله، وإن كان نصف العبد وقفاً ونصفه طلقاً فاعتق صاحب الطاق لم يسر عتقه إلى الوقف لانه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى

(مسئلة) قال (وإذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة وإذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة فيه)

وجملة ذلك أن الوقف إذا كان شجراً فائماً أو أرضاً فزرعت وكان الوقف على قوم بأعيانهم فحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصاب ففيه الزكاة وبهذا قال مالك والشافعي وروى عن طارس ومكحول أن زكاة فيه لأن الأرض ليست مملوكة لهم فلم تجب عليهم زكاة في الخارج منها كالمساكين ولنا أنه استغل من أرضه أو شجره نصيباً فلزمته زكاة كغير الوقف بحقيقته أن الوقف الأصل والثمره طلق والمالك فيها تام له التصرف فيها بجميع التعريفات وتورث عنه فتجب فيها الزكاة كالحاصلة

والله أعلم أعوذ بالله من بوار الایم» أما أراد به النساء وأما العزاب فهم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء يقال رجل عزب وامرأة عزبة قاله ثعلب وإنما سمي عزباً لانفراده ويحتمل أن يختص الایمی بالنساء والعزاب بالرجال ولذلك يقال امرأة أيم بغير هاء ولا يقال أیمة ولو كان الرجل مشاركاً لها لقبيل أيم وأیمة مثل قائم وقائمة ولأن العرف أن العزب يختص بالرجل

(مسئلة) (فأما الارامل فهن النساء اللاتي فارقتن أزواجهن بموت أو غيره قال أحمد في رواية حرب وقد سئل عن رجل وصى لارامل بني فلان فقال قد اختلف الناس فيها فقال قوم للرجال والنساء والذي يعرف من كلام الناس أن الارامل النساء وقال الشعبي واسحق هو للرجال والنساء وأنشد هذي الارامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الارمل الذکر؟

وقال آخر

أحب أن اصطاد ضياً سحلباً رعى الرییم والشتاء أرملاً

ووجه الاول أن المعروف من كلام الناس أنه للنساء فلا يحمل اللفظ الا عليه ولأن الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للذكر لأن ما يختلف لفظ الذکر والانشى في واحد يختلف في جمعه وقد أنكر ابن الأنباري على قائل القول الاول وخطأه فيه والشعر الذي احتج به حجة عليه فانه لو كان لفظ (المنفي والشرح الكبير) (٣٠) (الجزء السادس)

من أرض مستأجرة له ، وقولهم ان الارض غير مملوكة له ممنوع وان سلمنا ذلك فهو مالك لمنفعتها ويكفي ذلك في وجوب الزكاة بدليل الارض المستأجرة ، أما المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل في أيديهم سواء حصل في يد بعضهم نصاب من الحبوب والثمار أو لم يحصل . ولا زكاة عليهم قبل تفريقها وان بلغت نصبا لان الوقف على المساكين لا يتعين لواحد منهم بدليل ان كل واحد منهم يجوز حرمانه والدفع الى غيره وانما ثبت الملك فيه بالدفع والقبض لما أعطيه من غلته ملكا مستأنفا فلم تجب عليه فيه زكاة كالذي يدفع اليه من الزكاة ، وكألو وهبه أو اشتراه وفارق الوقف على قوم بأعيانهم فانه يعين لكل واحد منهم حق في نفع الارض وغلتها ولهذا يجب إعطاؤه ولا يجوز حرمانه

(فصل) وبصح الوقف على القبيلة العظيمة كقريش وبني هاشم وبني نعيم وبني وائل ونحوهم ، ويجوز الوقف على المسلمين كاهم وعلى أهل إقليم ومدينة كالشام ودمشق ونحوهم ، ويجوز الرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته . وقال الشافعي في أحد أقواله لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم في غير المساكين وأشباہهم لان هذا تصرف في حق الآدي فلم يصح مع الجبلة كما لو قال وقفت على قوم ، ولنا ان من صرح الوقف عليه اذا كان عدده محصيا صح وان لم يكن محصيا كالفقراء والمساكين وما ذكره يبطل بالوقف على الفقراء والمساكين ومتى كان الوقف على من لا يمكن حصرهم فلا زكاة على واحد منهم فيما يصح له لما ذكرناه في المساكين ولا في جملة الوقف لما ذكرناه من قبل

الارامل يشمل الذكر والانثى لقول حاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان للذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الاناث علم أنه موضوع لمن على الانفراد وسمي نفسه أرملًا بجوزاً وتشبيهاً بهن ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر وكذلك الشعر الآخر وبذل على ارادة الجواز أن اللفظ عند اطلاقه لا يفهم منه الا النساء ولا يسمى به في العرف غيرهن وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ، ثم لو ثبت أنه في الحقيقة للنساء والرجال لكن أهل العرف قد خصوا به النساء وتركت الحقيقة حتى صارت مجورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعاقب بها حكم كسائر الالفاظ العرفية

(فصل) وان وقف على اخواته فهو للاناث خاصة وان وقف على اخوته دخل فيه الذكر والانثى جميعا لان الله تعالى قال (وان كانوا اخوة رجالا ونساء) وقال (فان كان له اخوة فلا مية السدس) واجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى وان قال لعمومته فالظاهر أنه مثل الاخوة لا يشمل الذكر والانثى لانهم اخوة أبيه وان قال لبني اخوتي أو لبني عمه فهو للذكر دون الاناث اذا لم يكونوا قبيلة والفرق بينهما أن الاخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا اللفظ وبني الاخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الاولاد فاذا عدل عن اللفظ العام الى لفظ البنين دل على ارادة الذكر ولان لفظ العمومة أشبه بلفظ الاخوة ولفظ بني الاخوة والعم يشبه بني فلان وقد دللنا عليهمما والحكم في تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبني العم والاخوة حكم ما ذكرنا في ولد الولد مع القرينة وعدمها في المسائل المتقدمة

(مسألة) قال (وما لا ينتفع به الا بالاتلاف مثل الذهب والورق والمأكول

والمشروب فوقه غير جائز)

وجاءه ان ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالذنانير والدرهم والمطعم والمشروب والشمع وأشباهه لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا شيئاً يحكي عن مالك والأوزاعي في وقف الطعام أنه يجوز ولم يحكم أصحاب مالك وليس بصحيح لأن الوقف تخصيص الأصل ونسبيل الثمرة وما لا ينتفع به الا بالاتلاف لا يصح فيه ذلك ، وقيل في الدرهم والذنانير يصح وقفها على قول من أجاز إجارتها ولا يصح لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يجوز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به

(فصل) والمراد بالذهب والنضة ههنا الدراهم والذنانير وما ليس بحلي لأن ذلك هو الذي يتلف بالاتفاق به ، أما الحلي فيصح وقفه لابس والعمارة لما روى نافع قال ابتاعت حفصة حلياً بمشرين ألفاً فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته . رواه الحلال بأسناده ، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائماً فصح وقفها كالعقار ولأنه يصح تخصيص أصلها ونسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار وبهذا قال الشافعي وقد روي عن أحمد أنه لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه وذكره ابن

(مسألة) (وان وقف على أهل قريته أو قرابته لم يدخل فيهم من يخالف دينه وفيه وجه آخر

أن المسلم يدخل فيه وان كان الواقف كافراً)

وجملة ذلك أن الانسان اذا وقف على أهل قريته أو قرابته أو أتى بلفظ عام يدخل فيه المسلمون والكفار والواقف مسلم فهو المسلمين خاصة ولا شيء للكفار وقال الشافعي يدخل فيه الكفار ، لأن اللفظ يتناولهم بعمومه ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم) فلم يدخل فيه الكفار اذا كان الميت مسلماً واذا لم يدخلوا في لفظ القرآن مع عمومهم لم يدخلوا في لفظ الواقف ولأن ظاهر حاله لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد والاخوة والازواج وسائر الأناط العامة في الميراث فكذا ههنا ، فان صرح بهم دخلوا لأن إخراجهم بترك به صريح لنقل وهو أقوى من قرينة الحال ، وان وقف عليهم وأهل القرية كلهم كفار أو وقف على قرابته وكلهم كفار دخلوا لأنه لا يمكن تخصيصهم اذ في إخراجهم رفع اللفظ بالسكينة ، فان كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا أيضاً لأن إخراجهم ههنا بالتخصيص بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين (أحدهما) مخالفة لفظ العموم (والثاني) حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد ، وإن كان الأكثر كفاراً فهو المسكين في ظاهر كلام الحرفي لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم ومصرفه اليهم والتخصيص يصح وإن كان بإخراج الأكثر ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية لأن التخصيص في مثل هذا بعيد فان تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج إلى دليل قوي

أبي موسى الا أن القاضي تأوله على أنه لا يصح الحديث فيه ، ووجه هذه الرواية ان التحلي ليس هو المتصور الاصيل من الايمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدرام ، والاول هو المذهب لما ذكرناه والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه وجوز إجارتها لذلك وبفارق الدرام والدنانير فان العادة لم تجر بالتحلي به ولا اعتبره الشرع في إسقاط زكاته ولا ضمان نفعه في الغصب بخلاف مسئلتنا

(فصل) ولا يصح وقف الشمع لانه يتلف بالانتفاع به فهو كالما كول والمشروب ولا ما يسرع اليه الفساد من المشومات والرياحين وأشباهاها لانها تتلف على قرب من الزمان فأشبهت المطعوم . ولا وقف ما لا يبرز بيعه كأم الولد والمرهون والكلب والخنزير وسائر سباع البهائم التي لا تصلح للصيد وجوارح الطير التي لا يصاد بها لانه نقل للمالك فيها في الحياة فأشبهه البيع ولان الوقف تحييس الاصل وتسبيل المنفعة وما لا منفعة فيه لا يحصل فيه تسبيل المنفعة والكلب أبيع الانتفاع به على خلاف الاصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها ، والمرهون في وقفه إبطال حق المرتهن منه فلم يجز إبطاله ، ولا يصح الوقف فيما ليس بمعين كعبد في الذمة ودار وسلاح لان الوقف إبطال للمعني المالك فيه فلم يصح في عبد مطلق كالعتيق (فصل) قال أحمد فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض يوقف في سبيل الله فهو على ما وقف ووصي وإن بيع الفضة من السرج واللاجام وجعل في وقف ، مثله فهو أحب إلي لان الفضة لا ينتفع بها ولعله يشترى بذلك الفضة سرجا ولجاما فيكون أنفع للمسلمين ، فقيل له تباع الفضة وتجعل في نفقته ؟

والحكم في سائر الفاظ العموم كالاخوة والاعمام وبني عمه واليتامى والمساكين كالحكم في أهل قريته فاما إن كان الواقف كافرا فإنه يتناول أهل دينه لان لفظه يتناولهم والقرينة تدل على ارادتهم فأشبهه وقف المسلم يتناول أهل دينه ، وهل يدخل فيه المسلمون ؟ ينظر فان وجدت قرينة دالة على دخولهم مثل أن لا يكون في القرية الا مسلمون دخلوا وكذلك ان لم يكن فيها الا كافر واحد وبقي أهلها مسلمون وان انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان (أحدهما) لا يدخلون كما لو لم يدخل الكفار في وقف المسلم (والثاني) يدخلون لان عموم اللفظ يتناولهم وهم أحق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو أحق بحكمه الى غيره ، فان كان في القرية كافر من غير أهل دين الواقف لم يدخل لان قرينته الحال تخرجه ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الاولى فبقي خارجا بحاله ويحتمل أن لا يخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم

(مسألة) (وان وقف على مواليه وله موال من فوق وموال من أسفل تناول جميعهم ، وقال ابن

حامد يختص الموالى من فوق)

إذا وقف على مواليه وله موال من فوق حسب وهم معتقوه اختص الوقف بهم لان الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم ، وان لم يكن له الاموال من أسفل فهو لهم لذلك وان

قال لا ، فأباح أن يشتري بفضة السرج والاعجام سرجا ولجاما لانه صرف لهما في جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بهما فيه فأشبه الفرس الحبيس إذا عطب فلم ينتفع به في الجهاد جاز بيعه وصرف ثمنه في مثله ولم يحز ابقائها على الفرس لانه صرف لها الى غير جهتها

﴿ مسألة ﴾ قال (ويصح الوقف فيما عدا ذلك)

وجملة ذلك ان الذي يجوز وقفه ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه وكان أصلا يبغي بقاء متصلا كالعقار والحيوانات والسلاح والاثاث وأشياء ذلك . قال أحمد في رواية الاثرم : انما الوقف في الدور والارضين على ما وقف أصحاب رسول الله ﷺ ، وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد لأبأس به وهذا قول الشافعي ، وقال أبو يوسف لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا الاكر العروضاع والسلاح والعلمان والبقر والآلة في الارض الموقوفة تبعاً لها لان الحيوان لا يقاقل عليه فلم يجوز وقفه كما لو كان الوقف الى مدة ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان

ولنا ان النبي ﷺ قال « اما خالد فقد احتبس ادراعه واعتاده في سبيل الله » متفق عليه ، وفي رواية « وأعتده » أخرجه البخاري قال الخطابي الاعتاد ما بعده الرجل من المراكب والسلاح وآلة الجهاد وروى ان ام معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في

اجتمعوا فهو لهم جميعا يستوون فيه لان الاسم يشملهم جميعا ، وقال اصحاب الرأي الوصية باطلة لانها لغير معين وقال ابو ثور يقرع بينهما لان احدهما ليس بأولى من الآخر وقال ابن القاسم هو للموالي من اسفل ، ولا اصحاب الشافعي أربعة اوجه كقولنا وكقول اصحاب الرأي (والثالث) هو للموالي من فوق لانهم اقوى لكونهم عصبة ويرثونه بخلاف عتقاء وهو قول ابن حامد (والرابع) يقف الامر حتى يصطلحوا ولنا ان الاسم يتناول الجميع فدخلوا فيه كما لو وقف على اخوته وقولهم انها لغير معين غير صحيح فان التعميم يحصل مع التعيين ولذلك لو حلف لا كملت مولاي حنت بكلام أيهم كان وقولهم ان المولى من فوق اقوى قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الاقوى والاضعف كاخوته ولا يدخل فيه والدالم ولا المساكين ولا الخليف ولا غير من ذكرنا لان الاسم ان تناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفا والاسماء العرفية تقدم على الحقيقة ولا يستحق مولى الله مع وجود مواليه وقال زفر يستحق

ولنا ان مولى الله ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواء فان لم يكن له مولى فقال الشريف ابو جعفر إذا وصى لمواليه وليس له مولى فهو لمولى الله وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء له لانه ليس بمولى ، واحتج الشريف بان الاسم يتناولهم مجازاً فإذا تعذرت الحقيقة وجب صرف الاسم إلى المجاز والعمل به نصحيحا لكلام المكلف عند إمكان تصحيحه ولان الظاهر ارادته المجاز لكونه محملا صحيحا وإرادة الصحيح أغلب من إرادة الفاسد فان كان له مولى أب حين الوقف ثم انقرض مواليه

سبيل الله واني أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ « اركب به فان الحج والعمرة من سبيل الله »
ولانه يحصل فيه تحييس الاصل وتسهيل المنفعة فصح وقفه كالمقار والفرس الحبيس ولانه يصح وقفه مع غيره
فصح وقفه وحده كالمقار

(فصل) قال احمد رحمه الله في رجل له دار في الرض أو قطعة فأراد التنزه منها قال يقفها قال القطائع
ترجع إلى الاصل إذا جعلها للمساكين فظاهر هذا إباحة وقف السواد وهو في الاصل وقف ومعناه ان وقفها
يطابق الاصل لأنها تصير بهذا القول وقفنا

(مسألة) قال (وبصح وقف المشاع)

وبهذا قال مالك والشافعي وابو يوسف ، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناء على أصله في ان
القبض شرط وان القبض لا يصح في المشاع

ولنا أن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خير واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره بوقفها
وهذا صفة المشاع ولانه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا فجاز عليه مشاعا كالبيم أو عرصة يجوز بيعها
فجاز وقفها كالفرزة ولان الوقف تحييس الاصل وتسهيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في
المفرز ولا نسلم اعتبار القبض وان سلمنا فاذا صح في البيم صح في الوقف

لم يكن لموالي الاب على مقتضى ما ذكرناه لان الاسم يتنازل غيرهم فلا يعود اليهم إلا بعقد ولم يوجد
ولا يشبه هذا قوله أو صيت لا قرب الناس إلى وله ابن وابن فمات الابن حيث يستحق ابن الابن
وان كان لا يستحق في حياة الابن شيئا لان الوصية ههنا الموصوف وجدت الصفة في ابن الابن كوجودها
في الابن حقيقة ، وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى الله مجازاً فموجودها جاعلا لا يحمل
اللفظ إلا على الحقيقة وهذه العفة لا توجد في مولى الله

(مسألة) (وان وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم وجب تعميمهم والتسوية بينهم)
لان اللفظ يقتضي ذلك ، وقد أمكن الرفا به فوجب العمل بمقتضاه كقوله سبحانه (فهم شركاء في
الثلث) فانه يجب تعميم الاخوة من الام والتدوية بينهم ، ولان اللفظ يقتضي التسوية أشبه مالو أقر لهم
(مسألة) (فان لم يمكن حصرهم كالساكنين والقبيلة الكثيرة كبنو هاشم وبنو تميم صح الوقف عليهم)
وكذلك يصح الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل اقليم ومدينة كالشام ودمشق ، ويجوز
لرجل أن ينف على عشيرته وأهل مدينته ، وقال الشافعي في أحد قولنا لا يصح الوقف على من لا يمكن
استيعابهم وحصرهم في غير المساكن ونحوهم لانه تصرف في حق الآدمي فلم يصح مع الجهالة كما
لو قال وقفت على قوم

ولنا أن من صح الوقف عليهم إذا كانوا محصورين صح ، وإن لم يحصوا كالمقرا . وقياسهم
يطلق بالوقف على المساكن

(فصل) وإن وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثا أو كيفما كان جاز، وسواء جعل مآل الوقف على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواء لأنه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزئين، وإن أطلق الوقف فقال وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لأن إطلاق الإضافة إليهما تقتضي التسوية بين الجهتين ولا تتمحق التسوية إلا بالتصنيف وإن قال وقفتها على زيد وعمر والمساكين فهي بينهم أثلاثا.

(فصل) فإن أريد تمييز الوقف عن المطلق بقسمة فذلك مبني على القسمة هل هي بيع أو إفراز حق؟ والصحيح أنها إفراز حق فينظر فإن لم يكن فيها رد جازت القسمة، وإن كان فيها رد من جانب أصحاب الوقف جازت أيضاً لأنه شراء لشيء من المطلق، وإن كان من صاحب المطلق لم يجوز لأنه شراء بعض الوقف وبيعه غير جائز، وإن كان المشاع وقفاً على جهتين فأراد أهله قسمته أثني على ما ذكرنا ولم يجوز فيها إذا كان فيها رد بحال ومتى جازت القسمة في الوقف وطلبها أحد الشريكين أو ولي الوقف أجبر الآخر لأن كل قسمة جازت من غير رد ولا ضرر فهي واجبة.

(مسألة) قال (وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل)

وجملة ذلك أن الوقف لا يصح إلا على من يعرف كولده وأقاربه ورجل معين أو على بر كبناء المساجد والقنابر وكتب المقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات وسبيل الله ولا يصلح على غير معين

(فصل) ولا يجب تعميمهم إجماعاً لأنه غير ممكن ويجوز تفضيل بعضهم على بعض لأن من جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ويجوز الاختصار على واحد منهم ويحتمل أن لا يجوز له أقل من ثلاثة وهو مذهب الشافعي ووجه القول قد ذكر في الزكاة والاول ظاهر المذهب

(فصل) فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه نصار بما لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولده وولد ولده وعقبه ونسله فصاروا قبيلة كثيرة تخرج عن الحصر مثل وقف علي رضي الله عنه على ولده ونسله فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لأن التعميم كان واجباً وكذلك التسوية فإذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذي يعجز عن بعضه، ولأن الواقف ههنا أراد التعميم والتسوية لا مكاتبه وصلاحه لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف ممن لا يمكن ذلك فيهم

(مسألة) (ولا يعطى كل واحد أكثر من النذر الذي يعطى من الزكاة يعني إذا كان الوقف على صنفين أصناف الزكاة)

وجملة ذلك أن من وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين — فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات — لا يدخل معهم غيرهم لأن المطلق من كلام الآدميين يحمل على المهود

كوجـل وإسـارة لان الوقف تملك للمعين أو لخدمته فلا يصح على غير معين كالبيع والاجارة ولا على معصية كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل لان ذلك معصية فان هذه المواضع بنيت للكفر وهذه الكعب مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال « أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ألم آت بها بيضاء نقية ؟ لو كان موسى أخي حيا ما وضعه الا اتباعي » ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه والوقف على قتاديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ويعمرها كالوقف عليها لانه يراد لتعظيمها وسواء كان الواقف مسلما أو ذميا قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى فلهم أخذها وللمسلمين عروبتهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا وذلك لان مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذي كالوقف على غير معين فان قيل فقد قلتم ان أهل الكتاب اذا عقدوا عقودا فاسدة وتقاوضوا ثم أسلموا وترافعوا اليها لم تنقض ما فعلوه فكيف أجزم الرجوع فيما وقعوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بعقد معارضة أو إمسأ هو إزالة لملك في الموقوف على وجه القرية فاذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق.

وقد روي عن أحمد رحمه الله في نصراني أشهد في وصيته أن غلامه فلانا يخدم البيعة خذ من سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه ؟ قال هو حر ويرجع على الغلام باجرة خدمة مبالغ أربع

في الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف معصوف اليه وقد مضى شرح ذلك في الزكاة فان وقف على الاصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف اليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة لايزاد عليه وقد ذكرنا ذلك ، وقد اختلف في القدر الذي يحصل به الفتي فقال أحمد في رواية علي بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهما فقال إن كان الواقف ذكر في كتابة المساكين فهو مثل الزكاة وإن كان متطوعا أعطى من شاء وكيف شاء. فقد نص على الحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف في الزكاة ، واختار أبو الخطاب وابن عقيل زيادة المسكين على خمسين درهما لان لفظ أحمد لا تقييد فيه . قال أبو الخطاب وفي المسئلة وجهان وجهها ما سبق (فصل) فان وقف على الاصناف كلها أو على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد أو

يجب إعطاء بعض كل صنف ؟ فيه وجهان بناء على الزكاة

(مسألة) (والوصية كالوقف في هذا التفصيل لان مبناها على لفظ الموصي أشبهت الوقف)

(فصل) والوقف عقد لازم لا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها ويلزم بمجرد القول لانه تبرع بمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرد كالتق وعنه لا يلزم إلا بالتبض وإخراج الوقف عن يده اختاره ابن أبي موسى كالمية والصحيح الاول وقد ذكرناه، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرده والواقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكام بعضهم عن علي

سنيين ، وروى عنه قال هو حر ساعة مات مولاه لان هذه معصية وهذه الرواية أصح وأوفق لاصوله وبمقتضى ان قوله يزعم عليه بخدمة أربع سنين لم يكن لصحة الوصية بل لانه انما أعتقه بعرض يعتقدان صحته ، واذا تعذر العوض باسلامه كان عليه ما يقوم مقامه كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم فانه يجب عليه المهر كذا ههنا يجب عليه العوض والاول أولى

(فصل) ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن وام الولد والمدير والميت والحل والملك والجن والشیاطين ، قال احمد فيمن وقف على ماله لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لان الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك فان قيل قد جوزتم الوقف على المساجد والمقابر وأشباها وهي لانه لا يملك ، قلنا الرقن هناك على المسلمين الا انه عين في نفع خاص لهم ، فان قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة قلنا الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعاً بل هي معصية محرمة يزدادون بها عقاباً وانما بخلاف المساجد ولا يصح الوقف على العبد ، وان قلنا انه يملك بالتمليك لان الوقف يقتضي تحييس الاصل والعبد لا يملك ملكاً لازماً . ولا يصح الوقف على المكتتب وان كان يملك لان ملكه غير مستقر ، ولا على مرتد ولا حربى لان أموالهم مباحة في الاصل ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة فما يتجدد لهم أولى والوقف لا يجوز أن يكون مباح الاخذ لانه تحييس الاصل

وابن مسعود وابن عباس وخالف أبا حنيفة أصحابه فقالوا كقول سائر أهل العلم واحتج بعضهم بما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الاذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فردده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورثهما رواه الحمالي في أماليه ولانه إخراج ماله على وجه القرية من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة ، قلنا هذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة رضي الله عنهم فان النبي ﷺ قال لعمر في وقفه « لا يباع أصلها ولا يمتاع ولا يرهب ولا يورث » قال الترمذي العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً ، قال الحميدي تصدق أبو بكر بداره على ولده وعمر بربيعه عند المروة على ولده وعثمان برومة وتصدق علي بأرضه بينبع وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمر بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده وحكيم ابن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم ، وقال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ له مقدرة إلا وقف وهذا إجماع منهم فان الذي قدر على الوقف منهم وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان ذلك إجماعاً ولانه ازالة ملك يلزم بالوصية فاذا أنجزه في حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق ، وحديث عبد الله بن زيد ان ثبت قليل في ذكر الوقف ، والظاهر أنه جعله صدقة غير

(فصل) ويصح الوقف على أهل الذمة لأنهم يملكون ملكاً محترماً ويجوز أن يتصدق عليهم فجاز الوقف عليهم كالمسلمين . ويجوز أن يقف المسلم عليه لما روي أن صنية بنت حبي زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودي ولأن من جاز أن يقف الذمي عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم ويبيعهم من المارة والمحتازين صح أيضاً لأن الوقف عليهم لا على الموضع

(فصل) وينظر في الوقف من شرطه الواقف لأن عمر رضي الله عنه جعل وقفه إلى حفصة تاليه ما عاشت ثم إلى ذوي الرأي من أهلها ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك الناظر فيه فإن جعل النظر لنفسه جاز وإن جعله إلى غيره فهو له فإن لم يجعله لأحد أو جعله لانسان فمات نظر فيه الموقوف عليه لأنه ملكه ونفعه له فكان نظره إليه كذلك المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم اختاره ابن أبي موسى ويحتمل أن يكون الوجهان مبنيين على أن المالك هل ينتقل فيه إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى ؟ فإن قلنا هو للموقوف عليه فالنظر فيه إليه لأنه ملكه عينه ونفعه ، وإن قلنا هو لله فالحاكم ينوب فيه ويصرفه إلى مصارفه

موقوف استأب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ولهذا لم يردّها إليه إنما دفعها إليهما ويحتمل أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنها فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذ وأما النبي ﷺ فرده إليهما والقيام على الصدقة لا يصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم وإنما ينتقل إلى القبض والوقف لا ينتقل إليه فافترقا

(مسألة) (ولا يجوز بيعه إلا أن تعطل منافعه فيباع ويصرف ثمنه في مثله وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلاح للغزو يبيع واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد وكذلك المسجد إذا لم ينتفع به في موضعه وعنه لا تباع المساجد لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر)

وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع الوقف ولا هبته لقول النبي ﷺ في حديث عمر « غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » فإن تعطلت منافعه بالسكاية كدار أهدمت أو أرض خربت وعادت مواتاً لا يمكن عمارتها أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلح فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه فإن أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته جاز بيع البعض وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه يبيع جميعه قال أحمد في رواية أبي داود إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه وقال في رواية صالح يحول المسجد خوفاً من اللصوص وإذا كان موضعه قدراً قال القاضي يعني إذا كان ذلك يمنع الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله وتكون الشهادة في ذلك على الإمام . قال أبو بكر وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها قال وبالقول الأول أقول لاجتماعهم على بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل أن تدور في الرحاً أو يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة في تاجها أو حصاناً يتخذ للطراق فانه يجوز بيعها ويشتري بثمنها ما يصلح للغزو نص عليه أحمد وقال محمد بن الحسن إذا خرب المسجد

لانه مال الله فكان النظر فيه الى حاكم المسلمين كالوقف على المساكين ، وأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه الى الحاكم لانه ليس له مالك متعين ينظر فيه وله ان يستنيب فيه لان الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفسه ، ومتى كان النظر للموقوف عليه اما يجعل الواقف ذلك له او لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواء وكان واحداً مكلفاً رشيداً فهو أحق بذلك رجلاً كان او امرأة عدلاً كان او فاسقاً لانه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الاحوال كالمطلق ، ويحتمل ان يضم الى الفاسق أمين حفظاً لاصل الوقف عن البيع أو التضيع ، وإن كان الوقف لجماعة رشدين فالنظر للجميع لكل انسان في نصيبه وان كان الموقوف عليه غير رشيد اما الصغر او سفه او جنون قام عليه في النظر مقامه كما يقوم مقامه في ماله المطلق ، وان كان النظر لغير الموقوف عليه او لبعض الموقوف عليه بتولية الواقف او الحاكم لم يجوز ان يكون الا أميناً فان لم يكن أميناً وكانت توليته

والوقف عاد الى ملك واقفه لان الوقف إنما هو تسبيل المنفعة فاذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه وقال مالك والشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يباع أصابها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » ولان ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز مع تعطيلها كالمعتق والمسجد أشبه الاشياء بالمعتق

وانما ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب الى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة أن انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فانه لن يزال في المسجد مصل وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجماعاً ولان فيما ذكرناه استبقاء للوقف بمنه عند تعذر ابقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبأها أو قبأها غيره قال ابن عقيل الوقف مؤبد فاذا لم يمكن تأييده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى وإبصال الابدال جرى مجرى الأعيان وجودنا على العين مع تعطيل التضيع للغرض ويقرب هذا من الهدى اذا عطب فانه يذبح في الحال وان كان يختص بالوضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن وترك مراعاة محل الخصاص عند تعذره لان مراعاته مع تعذره تفضي الى فوات الانتفاع به بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع . ولنا على محمد بن الحسن انه إزالة ملك على وجه القرية لا يعود الى مالكة باخلاله وذهاب منافعه كالمعتق

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز بيع بعض آتته وصرفها في عمارته) كما يجوز بيع الفرس الحبيس عند تعذر الانتفاع به وصرف ثمنه فيما يقوم مقامه ولانه اذا جاز بيع الجميع عند الحاجة الى بيعه فبيع بعضه مع بقاء البعض أولى .

(فصل) واذا بيع الوقف بأي شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز ، وإن كان من غير جنسه في ظاهر كلام الحنفى لكن تكون المنفعة مصروفة الى المصلحة التي كانت الاولى تصرف

من الحاكم لم نصح وأزيلت يده ، وإن ولاء الواقف وهو فاسق أو ولاء وهو عدل وصار فاسقا ضم إليه أمين ينحفظ به الوقف ولم تزل يده ، ولأنه أمكن الجمع بين الحقين وبمقتضى أن لا نصح توليته وأنه ينعزل إذا فسق في أثناء ولايته لأنها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاء الحاكم وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته على حق غيره فإنه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته فإن مراعاة حفظ الوقف أهم من إبقاء ولاية الفاسق عليه

فيها لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به (فصل) فإن لم يكف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به في شراء حبيس يكون بعض الثمن نص عليه أحمد لأن المقصود استيفاء منفعة الوقف الممكن استيفؤها وصيانتها عن الضياع ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق

(فصل) فإن لم تعطل منفعة الوقف بالسكينة إكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رداً على أهل الوقف لم يجوز بيعه لأن الأصل تحريم البيع وإنما أبيع للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع بما يضيع المقصود وإن قل اللهم إلا أن يبان في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعاً فيكون وجوده كالعدم

(فصل) قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ويجعل تحته سقاية وحوائيت فامتنع بعضهم من ذلك ينظر إلى قول أكثرهم واختلاف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا مسجد أراد أهله إنشاء ابتداءً واختلفوا كيف يعمل ، ومما مسجد قبل بنائه تجوز لأن ماله إليه ، أما بعد بنائه لا يجوز جعله سقاية ولا حوائيت وذهب القاضي إلى ظاهر الانظر وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل مائه سقاية لحاجتهم إلى ذلك. والاول أصح وأولى ، وإن خالف الظاهر فإن المسجد لا يجوز نقله وإبداله وبيم ساحته وجعلها سقاية وحوائيت إلا عند تعذر الانتفاع به والحاجة إلى سقاية وحوائيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوائيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوائيت ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر ، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بمحصين من الكلاب وله منارة فرخص في نقضها وبناء حائط المسجد بها المصلحة

(مسألة) (وما فضل من حصره وزيته عن حاجته جاز صرفه إلى مسجد آخر والصدقة به على

قراء المسلمين)

وذلك إن فضل من قصبه أو شيء من نقضه ، قال أحمد في مسجد بيني فيبقى من خشبه أو قصبه أو شيء من نقضه قال يعان به في مسجد آخر أو كما قال ، وقال المروذي : سألت أبا عبد الله عن بوارى المسجد إذا فضل منه شيء أو الخشبة قال يتصدق به ، وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت إذا تخرقت

(فصل) ونفقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته فان لم يمكن فمن غلته لان الوقف اقتضى تحييس أصله وتسييل نفعه ولا يحصل ذلك الا بالاتفاق عليه فكان ذلك من ضرورته ، وإن تمطت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ويحمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على ما سلف بيانه

تصادق بها ، وقال في موضع آخر قد كان شية يتصدق بخلفان السكبة .

وروى الخلال بإسناده عن علقمة عن أمه أن شية بن عثمان الحبجي جاء الى عائشة رضي الله عنها فقال يأُم المؤمنين ان ثياب السكبة تكثر عليها فتزعمها فتحفر لها آباراً فتلدفنها فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب قالت عائشة بلئس ما صنعت ولم تصب ان ثياب السكبة اذا نزعتم لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعتموها جعلت ثمنها في سبيل الله والمساكين . فقال فكان شية يبعث بها الى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة ، وهذه قضية مثلها ينتشر ولم تذكر فتكون إجماعاً ولانه مال الله تعالى لم يبق له مصرف نصرف الى المساكين كالوقف المنقطع

(مسألة) (ولا يجوز غرس شجرة في المسجد)

نص عليه أحمد فقال إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ، ولو قلعها الامام لجاز ، وذلك لان المسجد لم يبن لهذا انما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولان الشجرة تؤذي المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وتمرها ويسقط عليها الطير وتبول في المسجد وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها

(مسألة) (فان كانت مغروسة جاز الأكل منها)

يعني اذا كانت الشجرة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والشجرة فيها فلا بأس ، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبيعها من الجيران ، وقال في رواية أبي طالب في النفقة لا يباع وتجمل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم ، لان صاحب الأرض لما جعلها مسجداً والشجرة فيها فقد وقف الأرض والشجرة معاً ولم يمين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذي لم يمين له مصرف . وقد ذكرنا انه للمساكين في بعض الروايات . فأما إن قال صاحبها هذه وقف على المسجد فيبغي أن تباع ثمرتها وتصرف اليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره . وقال أبو الخطاب عندي ان المسجد اذا احتاج الى ثمن ثمرة الشجرة بيعت وصرفت في عمارته ، وقال أحمد يأكلها الجيران محمول على انهم يعمرونه فان استعنى المسجد عنها فلا بأس بالأكل منها والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الهبة والعطية

(مسألة) قل (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه)

وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهبة والعطية معانيها متقاربة وكما تملك في الحياة بغير عوض واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة والصدقة والهبة متغايران فإن النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر أن من أعطى شيئاً يقرب به إلى الله تعالى لا محتاج فهو صدقة ، ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتعرف إليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه ومحث إليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تهادوا تحابوا » وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره وقد قال الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم سيئاتكم) إذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة لا بالقبض وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحنن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور يلزم ذلك بمجرد المقدار لعدم

باب الهبة والعطية

وهي تملك في الحياة بغير عوض ، الهبة والعطية والهبة والصدقة معانيها متقاربة وهي تملك في الحياة بغير عوض ، واسم الهبة والعطية شامل لجميعها ، فأما الصدقة والهبة فهما متغايران وإن دخلا في معنى الهبة والعطية فإن النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة ، وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر أن من أعطى شيئاً ينوي به التقرب إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة ، ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتعرف إليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه فإن النبي ﷺ قال « تهادوا تحابوا » وأما الصدقة فما ورد في فضلها كثير ، وقد قال الله تعالى (إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم سيئاتكم) (مسألة) (أما شرط فيها عوضاً معلوماً صارت يعبأ عنه يغلب فيها حكم الهبة)

وجملة ذلك أن الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً سواء كانت لثله أو دونه أو أعلى منه وباقول أبو حنيفة وقال الشافعي كقولنا فيما إذا كانت لثله أو دونه وإن كانت لأعلى منه اقتضت الثواب في أحد القولين وهو قول مالك أقول عمر رضي الله عنه من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يررض منها

قوله عليه السلام « العائد في هبته كأنه عائد في قبضه » ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعقود وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالباع

ولما اجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن ما قلناه مروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يعرف لهما في الصابة مخالف فروى عروة عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جزاء عشرين وسقاً من ماله بالعالية فلما مرض قال يا بنية ما أحد أحب إلي غني بعدي منك ولا أحد أعز علي فقراً منك وكنت نحلّك جزاء عشرين وسقاً ووددت أنك حزنيته أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختك فاقسموا على كتاب الله عز وجل

وروى ابن عيينة عن الزهري عن عروة عند عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال : ما بال أقوام ينحلون أولادهم فإذا مات أحدهم قال مالي وفي يدي وإذا مات هو قال كنت نحلته ولدي؟ لا نحلّه إلا نحلته لا يحوزها الولد دون الوالد فإن مات ورثه ، وروى عثمان أن الوالد يحوز لولده إذا كانوا أصغاراً . قال المروزي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان على أن الهبة لا تجوز الا مقبوضة ولا نهية هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض فإن مالكا يقول لا يلزم الورثة التسليم والخبر يحول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعقود لأن الوقف اخراج ملك الى الله تعالى

ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثواباً كهيئة المنل والوصية ، وقول عمر قد خانته ابنته وابن عباس فلا يبقى حجة فإن عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضاً أيهما أصاب عيباً لم يكن له الرد وإن خرجت مستعققة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له يدها ، فإن شرط في الهبة ثواباً معلوماً صح نص عليه ، لأنه تملك بعوض معلوم فهو كالهبّة وحكمها حكم البيع في ثبوت الخيار والشفعة وبه قال أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي قول أنها لا تصح لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها . ولنا انه تملك بعوض فصح كما لو قال ملكتك هذا بدرهم فإنه لو أطلق التملك كان هبة فإذا ذكر العوض صار بيعاً وفيه رواية أخرى ذكرها أبو الخطاب انه يقلب عليها حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به

(مسألة) (وان شرط ثواباً مجزولاً لم تصح الهبة)

وحكمها حكم البيع الفاسد لأنه عوض مجزول في معاوضة فلم يصح كالباع ويردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنه ماله الواهب ، وإن كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور وعنه انه قال برضيه بشي وظاهر كلام أحمد أنها تصح فإذا أعطاه عنها عوضاً رضي لزم العقد بذلك ، قال أحمد في رواية محمد بن الحكم إذا قال الواهب هذا لك على أن تثيبني فله أن يرجع إذا لم يثيبه لأنه شرط ، وقال في رواية إسماعيل بن سعيد إذا وهب له على وجه الاتابة فلا يجوز إلا أن يثيبه منها فعلى هذا عليه أن

بخلاف التملك والوضعية تلزم في حق الوارث والعق استقاط حق وليس تملك ولان الوقف والعق لا يكون في محل النزاع في المكيل والموزون

(فصل) وقول الحرقى : لا يصح . يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض فان الملك حكم الهبة والصحة اعتبار الشيء في حق حكمه وأما صحته بمعنى انه مقام القبط بحيث إذا انضم اليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه ، ولأنه قال في سياق المسئلة كما يصح في البيع وقد تقرر في البيع ان بيع المكيل والموزون صحيح قبل القبض وإنما ينتفي الضمان وإطلاقه في التصرفات . وقوله ما يكل ويوزن . ظاهره العموم في كل موزون ومكيل ، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة . وقد ذكرنا ذلك في البيع ورجعنا العموم

(فصل) والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وأمضاها وان شاء رجع فيها ومنعها ولا يصح قبضها إلا بأذنه فان قبضها الموهوب له بغير اذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض ، وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح وان لم يأذن له لان الهبة قامت مقام الاذن في القبض تكون هبة على رضاه بالتمليك الذي لم يتم الا بالقبض

ولنا انه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس أو كالموت عنها عن قبضها . ولان

يعطيه حتى يرضيه ، فان لم يفعل فالواهب الرجوع فيها أو عوضها إن كانت تالفة لانه عقد معارضة فاسد فلزم ضمان العين اذا تلفت كالبيع الناسد ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها والاول أصح لان هذا بيع فيعتبر له التراضي إلا انه يبيع بالمعاطة فاذا عوضه عرضا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطة مع التراضي بها وإن لم يحصل التراضي لم يصح لعدم العقد فانه لم يوجد الايجاب والقبول ولا المعاطة ولا التراضي والاصل في هذا قول عمر رضي الله عنه : من أوهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ما لم يرض منها ، وروي معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد رمالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى ان الهبة المطلقة تقتضي ثوابا ، وقد روى أبو هريرة أن أعرابيا وهب النبي ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كانت تسعا قال رضيته ، فقال النبي ﷺ « لقد هممت أن لا اتب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقيفي أو درمي » من المسند ، فان تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان أو لم يثب منها فقال أحمد لا أرى عليه نقصان ما أتصه عنده اذا رده الي صاحبه إلا أن يكون ثوبا لبسه أو جارية استخدمها ، فأما غير ذلك اذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه

(مسئلة) (وتحصل الهبة بما يتعارف الناس هبة من الايجاب والقبول بالمعاطة المفترنة بما يدل عليها) فلايجاب أن يقول وهبتك أو أهديت اليك أو ملكتك أو هذا لك ونحوه من الالفاظ

التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم الا باذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ولا يصح جعل الهبة إذنا في القبض بدليل ما بعد المجلس. ولو أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لأن ذلك ليس بقبض، وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه، لأن الهبة تمت (فمسل) وإن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كانت قبل الاذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لأنه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كما لو كالة والشركة. وقال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدي إليه حتى مات فلما تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها. وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها « اني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواق مسك ولا أرى للنجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مرددة علي فإن ردت فهي لك » قالت فكان ما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة. وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدي أهدى الهدية إلى ورثة المهدي وليس للرسول حملها إلى المهدي إلا أن يأذن له الوارث، ولو رجع المهدي في هديته قبل وصولها إلى المهدي إليه صح رجوعه فيها والهبة كالمهدية

الدالة على هذا المعنى، والقبول أن يقول قبالت أو رضيت أو نحو هذا، ونصح بالمعاطاة المفترقة بما يدل عليهما وإن لم يحصل إيجاب أو قبول، ذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا بد فيها من الإيجاب والقبول، ولا تصح بدونه سواء رجد القبض أو لم يرجد وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد تأييد فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالتكاح، والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ولا يحتاج إلى انظر اختاره ابن عقيل فإن النبي ﷺ كان يهدي ويهدي إليه ويعطي ويعطى ويفرق الصدقات وبأمر سعاته بأخذها وتفرقةا وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لاحد ولو كان ذلك شرطا لقل عنهم نقلا مشهورا، وقد كان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر « بني » فقال هو لك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت » ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطا لفعله النبي وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله، وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان إذا أتى بطعام سأل عنه فإن قالوا صدقة قال لأصحابه « كلوا » ولم يأكل وإن قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم، ولا خلاف بين العلماء فيما علمنا في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان والأذن في أكله أن ذلك لا يحتاج إلى إيجاب ولا قبول ولأنه وجد ما يدل على التراخي بنقل الملك فاكتمنى به كما لو وجد الإيجاب والقبول، قال ابن عقيل أما بشرط الإيجاب مع الإطلاق وعدم العرف القائم من المعطي والمعطى لأنه إذا لم يكن عرف يدل

وقال أبو الخطاب إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الاذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لا تنسخ بموته وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد ماله إلى الزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله ، وإن مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً لأن العقد لم يتم فأشبهه ماله أوجب البيع فمات أحدهما قبل القبول من المشتري . وإذا قلنا أن الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الاذن في القبض بطل الاذن وجهاً واحداً لأن الميت أن كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة إلى وارثه فلم يلزم بغير اذنه وإن كان الموهوب له فلم يوجد الاذن لوارثه فلم يملك القبض بغير اذن

(فصل) وان وهبه شيئاً في يد المتهب كوديعة أو مقصود فظاهر كلام أحمد أن الهبة تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأني القبض فيها فإنه قال في رواية ابن منصور : إذا وهب لامرأته شيئاً ولم تقبضه نأس بينه وبينها خيار هي معه في البيت . فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضاً ولا مضي مدة يتأني فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه . وقل القاضي لا بد من مضي مدة يتأني فيها القبض . وقد روى عن أحمد رواية أخرى أنه يفترق إلى اذن في القبض وقد مضى تعاميل ذلك وتفصيله في الرهن . ومذهب الشافعي كذهبنا في الاختلاف في اعتبار الاذن واعتبار مضي مدة يتأني القبض فيها

على الرضي فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الاحوال والدلالة فلا وجه لتوقفه على اللفظ ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاملة في البيع واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو اجارة وبيع أعيان فاذا اكتفينا في المعاملات مع تأكدها بدلالة الحال فانها تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفي بها في الهبة أولى . وأما النكاح فإنه يشترط فيه مالا يشترط في غيره من الشهادات ولا يقيم إلا قليلاً فلا يشق اشتراط الايجاب والقبول فيه بخلاف الهبة والله سبحانه وتعالى أعلم

(مسئلة) (وتلزم بالقبض وعنه تلزم في غير المكيل والموزن بمجرد الهبة) أما المكيل والموزن الذي لا يتميز إلا بالكيل والوزن فلا تلزم الهبة فيه إلا بالقبض وعلى قياس ذلك المعدود والمذروع ، وهو قول أكثر الفقهاء منهم المنحعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور تلزم بمجرد العقد لعموم قوله عليه السلام «العائد في هبته كالعائد في قبضه» ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعق ولأنه تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف

وانا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه مروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يعرف لهما في الصحابة مخالفاً ، وقد روى جريرة عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جزاً ذاً عشرين وسقاً من ماله بالعالية فلما مرض نال : يا بنية ما أحب غنى منك بعدي ولا أحد أعز عليّ فقراً منك وكنت نحلّك جزاً عشرين وسقاً ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه ، وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختك فاقسموا على كتاب الله عز وجل ، رواه مالك في موطنه . وروى ابن مينا عن

(مسئلة) قال (ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع)

يعني ان غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنها تالا الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة في الجميع الا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم قال المروزي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز الا مقبوضة وروي ذلك عن النخعي والثوري والحسن بن صالح والعنبري والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المسئلة الاولى. ووجه الرواية الاولى أن الهبة أحد نوعي التمليك فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك. فأما حديث أبي بكر فلا يلزم فإن جذاذ عشرين وسقاً يحتمل أنه أراد به عشرين وسقاً مجذوزة فيكون مكيلاً غير معين وهذا لا بد فيه من القبض، وإن أراد نخلاً يحذ عشرين وسقاً فهو أيضاً غير معين ولا يصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعندك بالنخلة وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنخلة الوالد ولده نخلة موقوفة على الموت فيظهر أني نخلت ولدي شيئاً وبمسكه في يده ويستقله فإذا مات أخذه ولده بحكم النخلة التي أظهرها وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثته ولده شيئاً وهذا

الزهري عن عروة عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال: ما بال قوم ينحلون أولادهم فاذا مات أحدكم قال مالي وفي يدي فاذا مات هو قال قد كنت نخلت ولدي، لأنخلة لأنخلة لمجوزها الوالد دون الوالد، فإن مات ورثته قال المروزي اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ولأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات الواهب قبل أن يقبض فإن مالكا يقول لا يلزم الورثة التسليم والخبر محمول على التبرع ولا يصح انقياس على الوقف والوصية والعنق لان الوقف إخراج ملك الى الله تعالى فخالف التمليكات والوصية تلزم في حق الوارث والعنق إسقاط حق وليس بتمليك ولان الوقف والعنق لا يكون في محل النزاع لان النزاع في المكيل والموزون

(فصل) وفي غير المكيل والموزون روايتان (أحدهما) أن حكمه حكم المكيل والموزون في أنه لا يلزم إلا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم، قال المروزي: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة روي ذلك عن النخعي والثوري والعنبري والحسن بن صالح والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المكيل والموزون (والثانية) أنها تلزم بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب فيه قبل قبضه فروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنها قالا الهبة جائزة اذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور لان الهبة أحد نوعي التمليك فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن منه ما لا يلزم إلا بقبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه

على هذا الوجه محرم فنهام عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده فان مات ورثها ورثته كسائر ماله واذا كان المقصود هذا اختص بهية الولد وشبهه به علي انه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قول الحرفي اذا قبل يدل على انه انما يستغنى عن القبض في موضع وجد فيه الايجاب والقبول، والايجاب أن يقول وهبتك أو اهديت اليك أو أعطيتك أو هذا لك ونحوه من الالفاظ الدالة على هذا المعنى، والقبول أن يقول قبلت أو رضيت أو نحو هذا. وذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا يصح كلها الا بايجاب وقبول، ولا بد منهما سواء وجد القبض أو لم يوجد وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد تمليك فانتقل الى الايجاب والقبول كالنكاح، والصحيح أن المعاطاة والانفال الدالة على الايجاب والقبول كافية ولا يحتاج الى لفظ وهذا اختيار ابن قنبل فان النبي ﷺ كان يهدي ويهدي اليه، ويعطي ويعطى، ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك ايجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشهوراً، وكان ابن عمر على بهير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر «بعنيه» فقال هو لك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ «هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت» ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطا لنعاه النبي ﷺ وعلمه ابن عمر ولم يكن لأمره أن يصنع به ما شاء قبل ان يقبله

ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك، فأما حديث أبي بكر في هبة لعائشة فان جذاذ عشرين وسقاً يحتمل انه أراد به عشرين وسقاً محذوذة فيكون مكيلاً غير معين وهذا لا بد فيه من القبض، وإن أراد نخلاً بجذ عشرين وسقاً فهو أيضاً غير معين فلا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعندك بالنخلة، وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنخلة الوالد ولده نخلة موقوفة على الموت فيظهر أني نخلت ولدي شيئاً وبمسكه في يده يستغناه فاذا مات أخذه ولده بحكم النخلة التي أظهرها، وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثته شيئاً وهذا على هذا الوجه محرم فنهام عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده، فان مات ورثها ورثته كسائر ماله، وإذا كان المقصود هذا اختص بهية الولد وشبهه به علي انه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

(فصل) قوله في المكيل والموزون ان الهبة لا تلزم فيه الا بالقبض محمول على عمومته في كل ما يكال ويوزن وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتممين منه كقفيز من صبرة وورطل من دن وقد ذكرنا ذلك في اليم ورجحنا العموم

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح القبض إلا باذن الواهب الا ما كان في يد المتهب فيكفي مضي زمن يتأتى قبضه فيه وعنه لا يصح متى يأذن في القبض

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان إذا أتى بطعام سأل عنه فإن قالوا صدقة نال لأصحابه كانوا ولم يأكل ، وإن قالوا هدية ضرب يده فأكل معهم ، ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله ، ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل المالك فأكفي به كما لو وجد الإيجاب والقبول

قال ابن عقيل إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الأحوال والدلائل فلا وجه لتوقيفه على اللفظ ، ألا ترى أننا اكتفينا بالمعاينة في البيع واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو إجارة وبيع أعيان فاذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكيدها بدلالة الحال وأنها تنقل المالك من الجانيين فلأن نكتفي به في الهبة أولى

(فصل) والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه لا جائل دونه وفيما ينقل بالنقل وفي المشاع بتسليم الكل إليه فإن أبي الشريك أن يسلم نصيبه قبل المنتهب وكل الشريك في قبضه فلك ونقله فإن أبي نصب الحاكم من يكون في يده لما ينقله يحصل القبض لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك ويتم به عقد شريكه (فصل) ونصح هبة المشاع وبه قال مالك والشافعي . قال الشافعي سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن وقال أصحاب الرأي لا ننصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لأن القبض شرط في الهبة وجوب القسمة

إذا قلنا ان الهبة لا تلزم الا بالقبض لم يصح القبض إلا باذن الواهب لأنه قبض غير مستحق عليه ولأنه أمر تلزم به الهبة فلم يصح الا باذن الواهب كأصل العقد لان قبضه مستدام فأغنى عنه الابتداء كما لو باعه سائمة في يده وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، فأما ما كان في يد المنتهب كالوديعة والمغصوب فظاهر كلام أحمد أنها تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأتى فيها القبض فانه قال في رواية ابن منصور اذا وهب امرأته شيئاً ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار هي معه في البيت فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضاً ولا مضي مدة يتأتى فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه لان قبضه مستدام أغنى عن الابتداء كما لو باعه سائمة في يده وهو الصحيح ان شاء الله تعالى . قال القاضي لا بد من مضي مدة يتأتى القبض فيها ، وهل يفتقر الى اذن في القبض؟ فيه روايتان (أحدهما) يفتقر كغير المقبوض (والثانية) لا يفتقر لأنه مقبوض فلا معنى لتجديد الاذن فيه وقد ذكرنا ذلك في الرهن ومذهب الشافعي في الاختلاف في اعتبار الاذن واعتبار مضي مدة يتأتى القبض فيها كمذهبنا

(فصل) والواهب بالخيار قبل القبض ان شاء أقبضها وإن شاء رجع فيها فان قبضها المنتهب بغير اذن الواهب لم يصح القبض ولم تتم الهبة وحكي عن أبي حنيفة أنه اذا قبضها في المجلس صح وإن لم يأذن له لان الهبة قامت مقام الاذن في القبض لكونها دالة على رضا بالتملك الذي لا يتم الا بالقبض

يمنع صحة القبض وتماه فان كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه ، وان وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه وان وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لان كل واحد من المتبين قد وهب له جزء مشاع ولنا أن وفد هو وزن لما جاؤا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله ﷺ : « ما كان لي ولبنّي عبد المطلب فهو لكم » رواه البخاري وهذا هبة المشاع . وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال : سمعت النبي ﷺ وقد جاءه رجل ورهه كبة من شرفة قال أخذت هذه من المغنم لاصالح بردعة لي قال النبي ﷺ : « ما كان لي ولبنّي عبد المطلب فهو لك » وروى عمرو بن سلمة الضمري قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معتراً فأردنا أخذه فقل رسول الله ﷺ : « دعوه فإنه يوشك أن يمسيء صاحبه فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال يا رسول الله شأنكم الحمار فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يقسمه بين الناس . رواه الامام أحمد والنسائي ، ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ولأنه مشاع فأشبهه ما لا ينقسم ، وقولهم إن وجوب القسمة بمنع صحة القبض لا يصح فإنه لم يمنع صحته في البيع فكذلك ههنا ، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه باذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت للآخر في نصيبه دون نصيب صاحبه

ولنا أنه قبض الهبة بغير اذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس وكما لو نهى ولان التسليم غير مستحق على الواهب فلم يصح التسليم الا باذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل قبض ثمنه ، ولا يصح جعل الهبة لإذنًا في القبض كما بعد المجلس ويحتمل أنه اذا قبضها بحضرة الواهب أن يقوم ذلك مقام الاذن كما جعلنا أخذ المتهب لها باذن الواهب دليلاً على القبول فان أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لان ذلك ليس بقبض وان رجع بعد القبض لم يصح رجوعه لان الهبة تمت

﴿مسئلة﴾ (فان مات الواهب قام وارثه مقامه في الاذن والرجوع)

وجملة ذلك أنه اذا مات الواهب أو المتهب قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الاذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لانه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة قال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل الى المهدى اليه حتى مات فانها تعود الى صاحبتها ما لم يقبضها وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت أبي سلمى قالت لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها « اني أهديت الى النجاشي حلة وأواني مسك ولا أرى النجاشي الاقدامات ولا أرى هديتي الا مردودة علي فان ردت فهي لك » فكان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ورددت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة وان

(فصل) ومتى قلنا ان القبض شرط في الهبة لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجل الشارد والمقصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه وبهذا يقول أبو حنيفة والشافعي لانه عقد يقتصر الى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع ، وإن وهب المقصوب لغاصبه أو لم يتمكن من أخذه منه صح لانه ممكن قبضه وليس لغير الغاصب القبض الا باذن الواهب فان وكل المالك الغاصب في تقييده صح ، وإن وكل المنتهب الغاصب في القبض له قبل رمفئ زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً ومملكه المنتهب ويرى الغاصب من ضمانه وان قلنا القبض ليس بشرط في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك احتمل أن لا يعتبر في صحته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور لانه تملك بغير عوض أشبه الوصية ، ويحتمل أن لا تصح هبته لانه لا يصح بيعه فلم تصح هبته كالحل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء ، والسملك في الماء اذا كان مملوكاً

(فصل) ولا تصح هبة الحل في البطن والابن في الضرع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لانه مجهول معجز عن تسليمه ، وفي الصرف على الظاهر وجهان بناء على صحة بيعه ، ومتى أذن له في جز الصرف وحاب الشاة كان اباحة ، وإن وهب دهن مسممه قبل عمره أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ولا تصح هبة المعدوم كقدي ثمر شجرته أو تحمل أمه لان الهبة عقد تملك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع

مات المهدي قبل أن تصل الى المهدي اليه رجعت الى ورثة المهدي وليس للرسول حماها الى المهدي اليه الا أن يأذن الوارث والهبة كالهبة ، وقال أبو الخطاب قام وارثه مقامه في الاذن في القبض والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لم تنفسخ بموته وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد مآله الى الازوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار وكذلك يخرج فيما اذا مات الموهوب له بعد القبول وان مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً لأن العقد لم يتم فهو كما لو مات المشتري بعد الايجاب وقبل القبول فان قلنا ان الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الاذن في القبض بطل الاذن لان الميت ان كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة الى وارثه وان كان المنتهب فلم يوجد الاذن لو ارثه فلم يملك القبض بغير اذن والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ (وان أبرأ الغريم غريمه من دينه أو وهبه له أو أحله منه بريء وان رد ذلك ولم يقبله) لانه اسقاط فلم يفتقر الى القبول كاسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعق والطلاق وكذلك إن قال تصدقت به عليك فان القرآن ورد في الابراء بالفظ الصدقة قال الله تعالى (ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) وان قال عفوت لك عنه صح قال الله تعالى (الا أن يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح) يريد به الابراء من الصداق ، فان قال اسقطته عنك صح لانه أتى بحقيقة اللفظ وكذلك ان قال ملكتك لانه بمنزلة هبته اياه فان وهب الدين لغير من هو في ذمته لم يصح قياساً على البيع

(نصل) قال أحمد في رواية أبي داود وحرب لا تصح هبة المجهول ، وقال في رواية حرب اذا قال شاة من غنمي يعني وهبتها لك لم يحز وبه قال الشافعي ، ويحتمل أن الجهل اذا كان في حق الواهب منع الصحة لانه غرر في حقه ، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لانه لا غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالوصى له ، وقال مالك تصح هبة المجهول لانه تبرع فصيح في المجهول كالنذر والوصية ووجه الاول أنه عند تملك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية (فصل) ولا يصح تعليق الهبة بشرط لانها تملك لمعين في الحياة فلم يحز تعليقها على شرط كالبيع فان علمنا على شرط كقول النبي ﷺ لا سلمة « إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك » كان وعداً ، وإن شرط في الهبة شروطاً تنافي مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أن لا تهبه أولاً أو تبيعه أو بشرط أن تهبه أو بشرط أن تهب فلانا شيئاً لم يصح الشرط وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وإن وقت الهبة فقال وهبتك هذا سنة ثم يعود إلى لم يصح لانه عند تملك لمعين فلم يصح مؤثماً كالبيع

(نصل) وإن وهب أمة واستثنى مافي بطنها صح في قياس قول أحمد فيمن أعتق أمة واستثنى مافي بطنها لانه تبرع بالام دون مافي بطنها فأشبه العتق وبه يقول في العتق النخعي واسحاق وأبو ثور وقال أصحاب الرأي تصح الهبة ويطل الاستثناء ، ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملك الموهوب له كالمفصل والوصى به

ويحتمل أن يصح لانه لا غرر فيها على المنتهب ولا الواهب فصح كهبة الاعيان (فصل) وتصح البراءة من المجهول اذا لم يكن لها سبيل الى معرفته وقال ابو حنيفة تصح مطلقاً وقال الشافعي لا تصح الا انه اذا اراد ذلك فقال ابرائك من درهم الى الف لان الجهالة انما منعت لاجل الغرر فاذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة

ولنا ان النبي ﷺ قال لرجلين اختصما اليه في مواريث درست « اقسما وتوخيا ثم استهما ثم تحالا » رواه ابو داود ولانه اسقاط فصح في المجهول كالطلاق والعتاق وكما لو قال من درهم الى الف ، ولان الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل الى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الانسان عن اخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يحز ذلك كالمنع من العتق ، فأما ان كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفاً من انه اذا علمه لم يسمح بإبرائه منه فينبغي ان لا تصح البراءة فيه لان فيه تفريراً بالبريء وقد أمكن التحرز منه ، وقال اصحابنا لو ابراه من مائة وهو يعتقد أنه لا شيء عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان (احدهما) صححتها لانها صادقت ملكه فأسقطته كما لو علمها (والثاني) لا يصح لانه ابرأه مما لا يعتقد انه عليه فلم يكن ذلك ابراء في الحقيقة ، واصل الوجهين ما لو باع ما لا كان لموروثه يعتقد انه باقى لموروثه وكان لموروثه قد مات وانتقل ملكه اليه فهل يصح فيه وجهان وللشافعي قولان في البيع وفي صحة الابراء وجهان

(فصل) واذا كان له في ذمة انسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه وان رد ذلك فلم يقبله لانه استقطا فلم يفتقر الى القبول كاستقاط النصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق ، وان قال تصدقت به عليك صح فان القرآن ورد في الابراء بانظ الصدقة بقول الله تعالى (ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا) وان قال عفوت لك عنه صح لان الله تعالى قال (إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) يعني به الابراء من الصداق وان قال أسقطته عنك صح لانه أتى بحقيقة الانظ الموضوع له ، وان قال ما كنتك إياه صح لانه بمنزلة هبته إياه

(فصل) فان وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح وبه قال في البيع أبو حنيفة والثوري والشافعي . قال أحمد اذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبه من الذي هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة واذا أقرضت رجلاً دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عرضاً مالك عليه ، وقال الشافعي إن كان الدين على معسر أو ممال أو جاحد له لم يصح اليمين لانه معجوز عن تسليمه ، وان كان على ملي . باذل له نفيه قولان (أحدهما) يصح لانه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته ويشتريه بعين أو بنية ابضان في المجلس لئلا يكون يمين دين بدين ولذا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الأبق ، فالما هبته فيحتمل أن لا تصح كاليمين ويحتمل أن تصح لانه لا غرر فيها على المتب ولا الواهب فصح كبة الاعيان

(فصل) تصح البراءة من الجهول إذا لم يكن لها سبيل إلى معرفته ، وقال أبو حنيفة تصح مطلقاً

(فصل) فان كان الموهوب له طفلاً أو مجنوناً لم يصح قبضه ولا قبوله لانه من غير اهل التصرف ويقبض له أبوه ان كان اميناً لانه اشفق عليه واقرأ اليه ، فان لم يكن له أب قبض له وصي ابيه لان الأب اقامه مقام نفسه فحجرى مجرى وكيله ، وان كان الأب غير مأمون أو كان مجنوناً أو كان لا وصي له قبل الحاكم ، ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة وامين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الأب الامين ووصيه يقوم كل واحد منها مقام الصبي والمجنون في القبول والقبض ان احتيج اليه لانه قبول لما للصبي أو المجنون فيه حظ فكان الى الولي كالبيع والشراء ولا يصح القبض من غير هؤلاء قال احمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة أو تصدق عليه بصدقة فقبضت الام ذلك وأبوه حاضر فقال لا اعرف للام قبضاً ولا يكون الا للأب ، وقال عثمان رضي الله عنه احق من يحوز للصبي أبوه وهذا مذهب الشافعي لا اعلم فيه خلافا لان القبض انما يكون من المتب أو نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له ، اما غيره فلا نيابة له ، قال شيخنا ويحتمل ان يصح القبول والقبض من غيرهم عند عدمهم لان الحاجة داعية الى ذلك فان الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي ويكون

وقال الشافعي لا نصح إلا أنه إذا أراد ذلك قال أبرأك من درهم إلى الف لان الجاهل إنما منعت لاجل الفرر فإذا رضي بالجملة فقد زال الفرر وصحت البراءة

ولنا أن النبي ﷺ قال لرجلين اختصما اليه في مواريث درست « اقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا » رواه أبو داود ولأنه اسقط فصيح في المجهول كالعتاق والطلاق وكما لو قال من درهم إلى الف ولان الحاجة داعية إلى تبرئة القمة ولا سبيل إلى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الانسان عن أخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجوز ذلك كالنكاح من العتق ، وأما ان كان من عليه الحق بعلمه ويكتمه المستحق خوفاً من أنه اذا علمه لم يسمح بأبرائه منه فينبغي أن لا نصح البراءة فيه لان فيه تفريراً بالمشتري وقد أمكن التحرز منه ، وقال أصحابنا لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنه لاشيء له عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان (أحدهما) صحتها لأنها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها (والثاني) لا نصح لانه أبرأه مما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك أبراء في الحقيقة. وأصل الوجهين ما لو باع مالا كان لموروثه يعتقد أنه باقى لموروثه وكان لموروثه قدمات وانتقل ملكه اليه فهل يصبح؟ فيه وجهان ولفافى قولان في البيع ، وفي صحة الابراء وجهان

(مسئله) قال (ويقبض للطفل أبوه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه بامرهم)

وجملة ذلك أن الطفل لا يصبح قبضه لنفسه ولا قبوله لانه ليس من أهل التصرف ووليهم يقوم

فقيراً لا غنى به عن الصدقات فان لم يصح قبض غيرهم له انسداد باب وصولها اليه فيضيع ويهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية، فعلى هذا للام القبض له وكل من يليه من اقراره وغيرهم (فصل) فان كان الصبي مميزاً فخكه حكم الطفل في قيام وليه مقامه لان الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ إلا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لانه من أهل التصرف فانه يصح بيعه وشراؤه باذن الولي فههنا أولى، ولا يحتاج إلى إذن الولي ههنا لانه مصلحة لا ضرر فيه فصح من غير إذن وليه كوصيته وكسبه المباحات، ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول لان القبض يحصل به مستولياً على المال فلا يؤمن تضييعه له وتقريطه فيه فيتمين حفظه عن ذلك بتوقيفه على إذن وليه كقبضه أو دينته بخلاف القبول فانه يحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير إذن كاحتشائه واصطياده .

(فصل) فان وهب الاب لولده الصغير شيئاً قام مقامه في القبض والقبول ان احتيج اليه قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا وهب لولده الطفل داراً بعينها أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة، هذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز ، فان كان الموهوب مما يفقر إلى قبض اكتفى

مقامه في ذلك فان كان له أب أمين فهو وليه لانه أشد حق عليه وأقرب اليه ، وإن مات أبوه الأمين وله وصي فوليه وصيه لان الأب أقامه مقام نفسه فجري مجرى وكيله ، وإن كان الأب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصي فأمينه الحاكم ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الأب والوصي فيقوم كل واحد منهم مقام الصبي في القبول والقبض ان احتيج إليه لان ذلك قبول للصبي فيه حظ فكان الى الولي كالبيع والشراء ، ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء قال أحمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة أو تصدق عليه بصدقة فقبضت الام ذلك وأبوه حاضر فقال لا اعرف للام قبضا ولا يكون الا للأب وقال عثمان رضي الله عنه ائتمن من يحوز على الصبي أبوه وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا لان القبض انما يكون من المتهب أو نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له أما غيره فلا نيابة له ، ويحتمل ان يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم لان الحاجة داعية الى ذلك فان الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي ويكون فقيرا لا غني به عن الصدقات فان لم يصح قبض غيرهم له انسداد باب وصرفها اليه فيضيع وبهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك اولى من مراعاة الولاية . فعلى هذا للام القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم وإن كان الصبي ممزعا فحكمه حكم الطفل في قيام وليه بمقامه لان الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ الا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لانه من أهل التصرف فانه يصح بيعه وشراؤه باذن الولي

بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لانه يعني عن القبول كما ذكرنا ولا يكتفي قوله قد قبلته لان القبول لا يعني عن القبض ، وإن كان مما لا يفتقر اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج الى ذكر قبض ولا قبول ، قال ابن المنذر أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لولده الصغير في حجره لا يحتاج الى قبض وإن الاشهاد فيها يعني عن القبض وإن وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب أن عثمان قال من نحل ولداً له صغيراً لم يبايع . أن يحوز نحوه فاعان ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وإن وليها أبوه ، وقال القاضي لا بد في هبة الولد من أن يقول قبلته وهذا مذهب الشافعي لان الهبة عندهم لا تصح الا بالايحباب والقبول وقد ذكرنا من قبل ان قرائن الاحوال ودلالاتها تعني عن لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال أمر النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته ، وليس هذا مذهبا لاحد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب أن يقول عند الاشهاد قد قبضته له قال له فان سها قال اذا كان مفرزاً رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتفي بقوله قد قبضته له وإن يرجو أن يكتفي مع التمييز بالاشهاد فحسب وهذا موافق للاجماع المذكور عن سائر العلماء ، وقال بعض أصحابنا يكتفي بأحد لفظين اما أن يقول قد قبلته أو قد قبضت لان القبول يعني عن القبض وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه ولا فرق بين الايمان وغيرها فيها

فهنا أولى ولا يحتاج الى إذن الولي ههنا لانه محض مصلحة ولا ضرر فيه فصح من غير إذن وليه كوصيته وكسب المباحات ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول لان القبض يحصل به مستولياً على المال فلا يؤمن تضيقه لوانه يربطه فيه فيتمين حفظه عن ذلك بوقفه على إذن وليه كقبضه لوديعته واما القبول فيحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير إذن كاحتشاشه واصطياده (فصل) فان وهب الاب لابنه شيئاً قام مقامه في القبض والقبول ان احتيج اليه قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً أو بيتاً أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه واشهد عليه ان الهبة تامة هذا قول مالك والثوري والشافعي واصحاب الرأي وروينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز ، ثم ان كان الموهب مما ينتقل إلى قبض اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لانه يعني عن القبول كما ذكرنا ولا يعني قوله قد قبضته لان القبول لا يعني عن القبض ، وان كان مما لا ينتقل اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول قال ابن عبد البر اجمع الفقهاء على أن هبة الاب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض وان الاشهاد فيها يعني عن القبض وان وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب ان عثمان قال : من نحل ولداً له صغيراً لم يباغ أن يحوز نحوه فأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وان وليها أبوه ، وقال الفاضل لابد في هبة الولد من أن يقول قد قبضته وهذا مذهب الشافعي لان الهبة عندهم لا تصح إلا بإيجاب وقبول ، وقد ذكرنا من قبل أن قرآن الاجوال ودلائلها تغني عن

ذكرنا وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ان وهب له مالا يعرف بعينه كالأمان لم يجز الا ان يضعها على يد غيره لان الاب قد يتلف ذلك او يتلف بغير سببه فلا يمكن ان يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئاً

ولنا ان ذلك مما يصح هبته فاذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له صح كالعروض

(فصل) فان كان الواهب للصبي غير الاب من اوليائه فقال أصحابنا لا بد أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الاب فانه يجوز أن يوجب ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه ، قال شيخنا والصحيح عندي أن الاب وغيره في هذا سواء لانه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز ان يتولى طرفيه كالأب . وفارق البيع فانه يجوز ان يوكل من يشتري له ولان البيع عقد معاوضة ومراجعة فيتهم في عقده لنفسه والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولي فجاز ان يتولى طرفي العقد كالأب ، ولان البيع انما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطي ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ولاننا قد ذكرنا انه يستغني بالإيجاب والاشهاد عن القبض والقبول فلا حاجة الى التوكيل فيها مع غناه عنها

لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال النبي ﷺ وصحابته وليس هذا مذهبا لأحد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب إلى أن يقول عند الأشهاد قد قبضته له قيل له فإن سها؟ فقال إذا كان مفرزاً رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتبني بقوله قد قبضته له وأنه يرجو أن يكتبني مع التمييز بالأشهاد فحسب وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء ، وقال بعض أصحابنا يكتبني بأحد اللفظين إيماناً يقول قد قبضته أو قد قبضته لأن القبول يغني عن القبض وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه ، ولا فرق بين الأمان وغيرها فيما ذكرناه به يقول أبو حنيفة والشافعي وقال مالك إن وهب له مالا يعرف بعينه كالأمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره لأن الأب قد يتلف ذلك ويتلف بغير سببه ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئاً ولنا أن ذلك مما لا تصح هبته فإذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له وجب أن تصح كالعروض

(فصل) وإن كان الواهب لصبي غير الأب من أوليائه فقال أصحابنا لا بد من أن يوكل من يقبل لصبي ويقبض له ليكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع بخلاف الأب فإنه يبرز أن يوجب ويقبل ويقبض أكونه يجوز أن يبيع لنفسه ، والصحيح عندنا أن الأب وغيره في هذا سواء لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز له أن يتولى طرفه كالأب ، وفارق البيع فإنه لا يجوز

(فصل) فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن لأنه محجور عليه لحظ نفسه فلا يصح تبرعه كالمسفيه ، فأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا بأذن سيده لأنه مال لسيدته وماله مال لسيدته فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه كالأجنبي وقد ذكرنا في جواز الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه رواية أن ذلك جائز وذكرنا دليلاً في الحجر والعبد أن يقبل الهبة والهبة بغير إذن سيده نص عليه أحمد لأنه تحصيل للمال للسيد فلم يعتبر إذنه فيه كالالتقاط والاصطياد ونحوه :

(فصل) والقبض في الهبة كالقبض في البيع وقد ذكرنا ذلك والاختلاف فيه في كتاب البيع وهذا مقيس عليه

(مسئلة) (وتصح هبة المشاع وبه قال مالك والشافعي وسواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن وقال أصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لأن القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتامه وتصح هبة مالا يمكن قسمته لعدم ذلك فيه فإن وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه وإن وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لأن كل واحد من المتهين قد وهب له جزء مشاع

أن يوكل من يشتري له ولان البيع عقد معاوضة ومراوحة فيتهم في عقده لنفسه ، والمدة محض مصلحة
 لأنهم فيها وهو ولي فيه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالأب ولان البيع انما منع منه لما أخذه من العوض
 لنفسه من مال الصبي وهو ههنا يعطي ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره ، ولاننا
 قد ذكرنا أنه يستغنى بالانجاب والاشهاد الى القبض والقبول فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنها
 (فعل) فأما المدة من الصبي فقير فلا تصح سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن لانه محجور عليه
 لحظ نفسه فلم يصح تبرعه كالسبية ، وأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا بأذن سيده لانه مال لسيده وماله
 مال لسيده فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه كالأجنبي ، وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده
 نص عليه أحمد لانه تحصيل المال لسيده فلم يعتبر إذنه فيه كالانقضاء وما وهبه سيده لانه من
 اكتسابه فأشبه اصطياذه

(مسألة) قال (واذا فاضل بين ولده في العطية أمر برده كما أمر النبي ﷺ)

وجملة ذلك أنه يجب على الانسان التسوية بين أولاده في العطية إذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح التفضيل
 فان خص بعضهم بعطية أو فاضل بينهم فيها أم ووجبت عليه التسوية باحد أمرين امداد ما فضل به البعض
 وإما إتمام نصيب الآخر قال طارم لا يجوز ذلك ولا رغيف معترق وبه قال ابن المبارك ، وروى معناه عن
 مجاهد وعروة وكان الحسن يكره ويجزئه في القضاء ، وقال مالك وأبيث والثوري والشافعي وأصحاب
 الرأي ذلك جائز ، وروى معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لان أبا بكر رضي

ولنا أن وقد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنمه
 منهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما كان لي ولبنى عبد المطلب فهو لكم » رواه البخاري وهو
 هبة مشاع وروي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم وقد جاء
 رجل ومعه كبة من شعر فقال أخذت هذه من الغنم لأصلح بها برذعة لي فقال النبي صلى الله عليه وسلم
 « ما كان لي ولبنى عبد المطلب فهو لك » وروى عمير بن سلمة الضمري قال خرجنا مع رسول الله صلى
 الله عليه وسلم حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقوراً فأردنا أخذه فقال رسول الله صلى الله
 عليه وسلم « دعوه فانه يوشك أن يجيء صاحبه » فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال يا رسول الله
 شأنكم بالحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقسم بين الناس رواه الامام أحمد والنسائي
 ولانه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ، وقولهم أن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح لانه
 لا يمنع صحته في البيع فكذا ههنا ، ومتى كانت الهبة لاثنتين فقبضاه بأذنه ثبت ملكها فيه وإن قبضه
 أحدهما ثبت الملك في نصيبه دون صاحبه

(مسألة) (وتصح هبة ما يجوز بيعه لانه عليك في الحياة فصح كالبيع وتصح هبة الكلب وما
 يباح الانتفاع به من النجاسات لانه تبرع فجاز في ذلك كالوصية ، ومتى قلنا ان القبض شرط في الهبة

الله عنه نحل عائشة ابنته جذاذ عشر بن وسفا دون سائر ولده ، واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث النعمان بن بشير «أشهد على هذا غيري» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولأنها عطية لازم بموت الأب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم

ولنا ما روى النعمان بن بشير قال : تصدق علي أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت ربيعة لا أرضى حتى تُشهد عليها رسول الله ﷺ فجاء أبي رسول الله ﷺ ليشهد علي صدقته فقال «أكل ولدك أعطيت مثله ؟» قال لا قال «فأتقوا الله وأعدلوا بين أولادكم» قال فرجعت أبي فذلك الصدقة ، وفي لفظ قال «فأردده» وفي لفظ قال «فأرجعه» وفي لفظ «لا تشهدني على جور» وفي لفظ «فاشهد علي هذا غيري» وفي لفظ «سو بينهم» وهو حديث صحيح متفق عليه وهو دليل على التحريم لأنه من جهة جوراً وأمر برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام والأمر يقتضي الوجوب ولأن تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطعية الرحم فمنع منه كتمزج بيع المرأة ، علي عمتها أو خالتها . وقول أبي بكر لا يمارض قول النبي

لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجل الشارد والمغصوب غير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه منه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأنه عقد يفتقر إلى القبض أشبه البيع فإن وهب المغصوب لغاصبه أو لمن يتمكن من أخذه منه صح لا مكان قبضه ، وليس لغير الغاصب القبض إلا بأذن الواهب فإن وكل المالك الغاصب في تقيضه صح وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له فقبل في زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً وملسكه المتهب وريء الغاصب من ضمانه وإن قلنا القبض ليس شرطاً في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك يحتمل أن لا يعتبر في صحة هبته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور لأنه تملك بلا عوض أشبه الوصية ويحتمل أن لا تصح هبته لأنه لا يصح بيعه أشبه الحمل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء أو السمك في الماء إذا كان مملوكاً

﴿مسألة﴾ (ولا تصح هبة المجهول كالحمل في البطن واللبن في الضرع)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لأنه مجهول معجوز عن تسليمه فلم تصح هبته كما لا يصح بيعه ، وفي الصوف على الظاهر وجهان بناء على صحة بيعه ، ومتى أذن له في جز الصوف وحلب الشاة كان إباحة وإن وهب دهن ستمسه قبل عصره أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ، ولا تصح هبة المعدوم كالذي تحمل أمته أو شجرته لأن الهبة عقد تملك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع

(فصل) قد ذكرنا أن هبة المجهول لا تصح نص عليه أحمد في رواية أبي داود وحرب وبه قال الشافعي ، قال شيخنا ويحتمل أن الجهل إذا كان من الواهب منع الصحة لأنه غرر في حقه وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لأنه لا غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالوصية ، وقال مالك : تصح هبة المجهول لأنه تبرع فصح في المجهول كالنذر والوصية

ﷺ ولا يخرج به معه . ويحمل ان أبا بكر رضي الله عنه خصها بعطيته لحاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه مع اختصاصها بفضائها وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله ﷺ وغير ذلك من فضائلها ويحمل ان يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدرك الموت قبل ذلك، ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لان حملة على مثل محل النزاع منهي عنه وأقل أحواله الكراهة والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المكروهات ، وقول النبي ﷺ « فأشهد على هذا غيري » ليس بأمر لان أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب ولا خلاف في كراهة هذا ، وكيف يجوز أن يأمره بأكيدته مع أمره برده وتسميته إياه جوراً ، وحمل الحديث على هذا حمل لحديث النبي ﷺ على التناقض والنضاد ولو أمر النبي ﷺ بأشهاد غيره أمثل بشير أمره ولم يرد، وإنما هذا تهديد له على هذا فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه والله أعلم

ولنا أنه عقد تملك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف انشذر والوصية فاما ما لا يقدر على تسليمه فتصح هبته في أحد الاحتمالين اذا قلنا إن القبض ليس بشرط في صحة الهبة وقد ذكرناه .

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز تعاقبها على شرط ولا شرط ما ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها) لا يصح تعليق الهبة على شرط لأنها تملك لعين في الحياة فلم يجوز تعليقها على شرط كالبيع ، فان عاقبها على شرط كقول النبي ﷺ « لا أم سلمة » ان رجعت هديتنا الى النجاشي فهي لك « كان وعداً لا هبة ومتى شرط شرطاً ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها أو بشرط أن يبيعه أو يهبه أو أن يهب فلاناً شيئاً لم يصح الشرط رواية واحدة ، وفي صحة الهبة وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

﴿ مسألة ﴾ (ولا نوقيتها كقوله وهبتك هذا سنة)

اذا وقت الهبة كقوله وهبتك هذا سنة ثم يعود الي لم يصح لانه عقد تملك لعين فلم تصح مؤقناً كالبيع (فصل) وان وهب أمة واستثنى ما في بطنها صح في قياس قول احمد فيمن اعتق أمة واستثنى ما في بطنها لانه تبرع بالأمة واستثنى ما في بطنها أشبه العتق ، وبه يقول في العتق النخعي وأبو حنيفة وأبو ثور ، ويتخرج أن لا يصح كما لو باع أمة واستثنى ما في بطنها ، وقد ذكرناه في البيع ، وقال أصحاب الرأي تصح الهبة ويطل الاستثناء ، ولنا أنه لم يهب الولد فلم يملكه الموهوب له كالمفصل وكلوصى به .

﴿ مسألة ﴾ (الا في العمرى والرقبي وهو أن يقول أعمرتك هذه الدار أو أرقبتكها أو جعلتها لك عمرتك أو حياتك فانه يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده)

العمرى والرقبي نوعان من أنواع الهبة يقتصران الى ما يقتصر اليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره ، وصورة العمرى أن يقول أعمرتك دارى هذه أو هي لك عمرتك أو ماعشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا ، سميت عمرى لتقيدها بالعمر ، والرقبي

(فصل) فان خص بعضهم لمعنى يقتضي تخصيصه، مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو بشفقة فيها فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس به إذا كان الحاجة وأكره إذا كان على سبيل الأثرة، والعطية في معناه ويحتمل ظاهر لفظة المنع من التفضيل والتخصيص على كل حال لسكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته، والاول أولى ان شاء الله لحديث أبي بكر، ولان بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية فجاز أن يخص بها كما لو اختص القرابة. وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها، وترك النبي ﷺ الاستفصال

أن يقول أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك ان مت قبلي عادت الي وان مت قبلك فهي لك ولقبك فكانه يقول هي لآخرنا موتاً، ولذلك سميت رقبى لان كل واحد منها يرقب موت صاحبه، وهما جائزان في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن بعضهم أنها لا تصح لقول النبي ﷺ «لا تعمروا ولا ترقبوا»

ولنا ما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ «العمري جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها» رواه أبو داود والترمذي، وقال حديث حسن، فاما النهي فاما ورد على وجه الاعلام لهم انكم ان أعمرتم أو أرقبتم بعد للعمير والمرقب ولم يعد اليكم منه شيء، وسياق الحديث يدل عليه فانه قال «فن أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً وعقبه» ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحته فان النهي اما يمنع صحة ما يفيد المنهي عنه فائدة، أما اذا كان صحة المنهي ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق في زمن الحيض، وصحة العمري ضرر على المعمر فان ملكه يزول بغير عوض. اذا ثبت ذلك فان العمري تنقل الملك الى المعمر، وبهذا قال جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن علي، وقال مالك والليث: العمري تملك المنافع لا تملك بها رقبة المعمر بحال ويكون للمعمر السكنى فيه فان مات عادت الى المعمر وان قال له ولقبه كان سكنها لهم فاذا انقضوا عادت الى المعمر، واحتج بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد عن العمري ما يقول الناس فيها فقال القاسم ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا، وقال ابراهيم الحربي عن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمري والرقبى والاقفار والمنحة والدارية والسكنى والاطراق انها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ولان التملك لا يتأقت كما لو باعه الى مدة فاذا كان لا يتأقت حمل قوله على تملك المنافع لانه يصح توقيته

ولنا ما روى جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «امسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها

يجوز أن يكون له بالمال . فان قيل لو علم بالمال لما قل « لك ولد غيره ؟ » قلنا يحتمل أن يكون السؤال هنا لبيان العلة كما قال عليه السلام والذي سأله عن بيع الرطب بالتمر « أينقص الرطب إذا ييس ؟ » قال نعم قال « فلا إذا » وقد علم ان الرطب ينقص لكن به السائل بهذا على علة المنع من البيع كذا هنا (فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب الذبوبة وكرهه التفضيل . قال ابراهيم : كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى في القبل . إذا ثبت هذا فالذبوبة المستحبة أن قسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وبهذا قال عطاء وشريح واسحاق ومحمد بن الحسن . قال

قانه من عمر عمرى فهي للذي أعرها حياً وميتاً ولعقبه » رواه المسلم وفي لفظ قصى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى ابن وهب له متفق عليه ، وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا رقبى ، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته » وعن زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل العمرى للوارث وقد روى مالك حديث العمرى في موطئه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة ، وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة سيد المرسلين ؟ ولا يصح دعوى اجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان وقول ابن الأعرابي أنها عند العرب تملك المنافق لا يغر إذا نقاه الشرع إلى تملك الرقية كما نقل الصلاة من الدعاء إلى الأفعال المنظومة ونقل الظهار والابلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة ، ولهم ان التملك لا يتأقت قلنا فذلك أبطل الشرع تأقيتها وجهها تملكاً مطلقاً فان قال في العمرى أنها للمعمر وعقبه كان تأكيداً لحكمها وتكون للمعمر ولورثته وهو قول جميع القائلين بها

﴿مسئلة﴾ (وان شرط رجوعها الى المعمر عند موته أو قال هي لا آخرنا موتاً صح الشرط وعنه لا يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده)

أما إذا شرط رجوعها الى المعمر عند موته أو قال هي لا آخرنا موتاً أو اذا مات عادت الي إن كنت حياً أو الى ورثتي ففيه روايتان

(أحداهما) صحة العقد والشرط ومتى مات المعمر رجعت الى المعمر ، وبه قال القاسم بن محمد وي زيد بن قسيط والزهرى وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب ومالك وأبو ثور وداود وهو أحد قولي الشافعي لما روى جابر قال إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك قلنا إذا قال هي لك ماعشت قلنا ترجع الى صاحبها متفق عليه ، وروى مالك في موطئه عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ايعارجل أعر عمرى له ولعقبه قلنا الذي أعطينا لا ترجع الى من أعطاه » لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم وقال القاسم بن محمد : ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أولهم .

شرح لرجل قسم ماله بين ولده : ارددم الى سهام الله تعالى وغرائضه : وقال عطاء : ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى . وقال أبرحينة ومالك والشافعي وابن المبارك : تعطى الاثني مثل ما يعطى الذكر لان النبي ﷺ قال ليشير بن سعد « سو بينهم » وعال ذلك بقوله « أيسرك أن يستووا في برك ؟ » قال نعم قال « فسو بينهم » واليبت كلابن في استحقاق برها وكذلك في عطيتها . وعن ابن عباس قال قال رسول الله « سووا بين أولادكم في العطية ولو كنت مؤثراً لأثرت النساء على الرجال » رواه سعيد في سننه . ولأنها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والاثنى كالفقة والكسوة

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الاثنيين وأولى ما اقتدي بقسمة الله ، ولأن العطية في الحياة أحد حالي العطية فجعل للذكر منها مثل حظ الاثنيين كعالة الموت يعني الميراث بحقه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حسبه كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها

(والثانية) أنها تكون للمعمر أيضاً ولورثته ويبطال الشرط وهو قول الشافعي في الجديد وأبي حنيفة ، قال شيخنا وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب للاحاديث المطلقة التي ذكرناها . ولعل رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا رقبى ، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته » ، قال مجاهد والرقبى هو أن يقول هي للآخر مني ومنك موتاً قال مجاهد سميت بذلك لان كل واحد منها يرقب موت صاحبه ، وروى الامام أحمد بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا عمرى ولا رقبى ، فمن أقر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح في ابطال الشرط لان الرقبى يشترط فيها عودها الى المرقب ان مات الآخر قبله فاما حديثهم الذي احتجوا به فمن قول جابر نفسه وأما نقل لفظ النبي صلى الله عليه وسلم قال « استأوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فانه من عمرى عمرى فهي للذي أعرها حياً وميتاً ولعقبه » ولاننا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤققة والهبة لا يجوز فيها التأقيت وأما لم يفسدها الشرط لانه ليس بشرط على المعمر وأما شرط ذلك على ورثته ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه ولنا قوله في الحديث الآخر لانه أعطى عطاء وقمت فيه الموارث فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبي ذئب ، وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى فيمن أعر عمرى له ولعقبه فهي له بثة لا يجوز المعطي فيها شرط ولا متبوية قال أبو سلمة لانه أعطى عطاء وقمت فيه الموارث

(نصل) والرقبى كالعمرى قال أحمد هي أن يقول هي لك حياتك فإذا مت فهي لفلان أو هي راجعة الي وهي كالعمرى فيها إذا شرط عودها الى المعمر قال علي رضي الله عنه العمرى والرقبى سواء وقال طاوس من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث وقال الزهري الرقبى وصية يعني ان معناها اذا مت فهذا لك وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة الرقبى باطلة لما روى أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل المرقبى لان

يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولأن الذكر أحوج من الانثى من قبل انها إذا تزوجا جميعاً فالصداق والنفقة ونفقة الاولاد على الذكر، والانثى لما ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته وقد قسم الله تعالى الميراث فنصّل الذكر مقروناً بهذا المعنى فتعلل به ويتعدى ذلك الى العطية في الحياة . وحديث بشير قضية في عين وحكاية حال لا عموم لها وانما ثبت حكمها فيما مائلها ولا نعلم حال اولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا ؟ ولعل النبي ﷺ قد علم أنه ليس له الا ولد ذكر ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى ويحتمل أنه أراد التسوية في أصل العطاء لا في صفة، فإن القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء : ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى وهذا خبر عن جميعهم على أن الصحيح من خبر ابن عباس أنه مرسل

معناها انها الآخر منا وهذا تملك معلق بخاطر ولا يجوز تعليق التملك بالخطر ولنا ما ذكرنا من الاحاديث وحديثهم لا نعرفه ولا نعلم ان معناها ما ذكروه بل معناها انها لك حياتك فان مات رجعت إلي فتكون كالعمري سواء لانه زاد شرطها لورثة المرقب ان مات المرقب قبله وهذا يبين تأكيدها على العمري

(فصل) وتصح العمري في الحيوان والياب لانها نوع هبة فصحت في ذلك كمائر الهبات وقد روي عن احمد في الرجل يعمر الجارية أنه قال لا أرى له وطأها قال القاضي لم يتوقف أحمد في وطئها الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع لكون الوطئ استباحة فرج وقد اختلف في العمري فجعلها بعضهم تملك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها جاز

(فصل) وقد ذكرنا أنه لو وقت الهبة في غير العمري والرقبي كقوله (وهبتك هذا سنة) أو الى ان يقدم الحاج أو الى ان يبلغ ولدي أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لانها تملك للربة فلم تصح موقته كالبيع وتفارق العمري والرقبي لان الانسان أعياك الشيء عمره فاذا ملكه عمره فقد وقته بما هو موقت به في الحقيقة فصار ذلك كالملق

(فصل) فاما ان قال سكنها لك عمرك فله اخذها في أي وقت أحب وكذلك ان قال اسكنها أو أسكنتمك عمرك أو نحو ذلك فليس هذا عقداً لازماً لانه في التحقيق هبة المنافع والمنافع انما تستوفي بمضي الزمان شيئاً فشيئاً فلا تلزم إلا في قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى فعلى هذا للمسكن الرجوع متى شاء وتبطل بموت من مات منها وبه قال أكثر اهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي واسحاق واصحاب الرأي وقال الحسن وعطاء وقتادة هي كالعمري يثبت فيها مثل حكمها وحكي عن الشعبي أنه قال اذا قال هي لك اسكن حتى تموت فهي له حياته وموته، وان قال داري هذه اسكنها حتى تموت فانها ترجع الى صاحبها لانه إذا قال لك فقد جعل له رقبته فتكون عمري ، واذا قال اسكن داري هذه فانما جعل له نعمها دون رقبته فتكون عارية

(فصل) وليس عليه التسوية بين سائر اقاربه ولا اعطاؤهم على قدر موارثهم سواء كانوا من جهة واحدة كاخوة وأخوات وأعمام وبني عم أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم، وقال ابو الخطاب المشروع في عطية الاولاد وسائر الاقارب ان يعطيهم على قدر ميراثهم فان خالف وفعل فعليه أن يرجع ويعدهم بالنحلة لانهم في معنى الاولاد فثبت فيهم مثل حكمهم.

ولنا أنها عطية لغير الاولاد في صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين ولان الاسل إباحة تصرف الانسان في ماله كيف شاء وإنما وجبت التسوية بين الاولاد بالخبر وليس غيرهم في معنهم لانهم استروا في وجوب بزوالهم فاستروا في عطيته وبهذا على النبي ﷺ حين قال «أيسرك أن يستروا في برك؟» قال نعم قل «فسو بينهم» ولم يوجد هذا في غيرهم ولان لو ائذ الرجوع فيما أعطى ولده فيمكنه أن يسوي بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك في غيرهم ولان الاولاد

ولنا ان هذا إباحة المنانع فلم يقع لازماً كالملوكة وفارق العمرى قلها هبة الرقية فأما قوله هذه لك أسكنها حتى تموت فإنه يحتمل لك سكنها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى فأشبه ماله قال هذه لك سكنها وإذا احتمل أنه يريد به الرقية واحتمل ان يريد السكنى فلا نزول ملكه بالاحتمال. (فصل) إذا وهب هبة فاسدة أو باع بيعاً فاسداً ثم وهب تلك العين أو باعها بعقد صحيح مع علمه بفساد الاول صح العقد الثاني لانه تصرف في ملكه، ظاهراً بأنه ملكه، وان اعتقد صحة العقد الاول ففي الثاني وجهان (احدهما) صحته لانه تصرف صادق ملكه وتم بشروطه فصح كما لو علم فساد الاول (والثاني) لا يصح لانه تصرف تصرفاً يعتقد فساد ففسد كما لو صلى يعتقد أنه يحدث فبان متطهر أو هكذا لو تصرف في عين يعتقد أنها لا يه فبان أنه قدماء وملكها الوارث أو نصب عيناً فباعها يعتقد أنها منصوبة فبان أنها ملكه فعلى الوجهين. قال القاضي: أصل الوجهين من باشر امرأة بالطلاق يعتقد أنها أجنبية فبان امرأتها أو باشر بالعتق من يعتقد أنها حرة فبان أمته ففي وقوع الطلاق والخبر روايتان وللشافعية في هذه المسئلة وجهان كما حكينا والله أعلم.

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (والمشروع في عطية الاولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم) ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية بينهم وكرهية التفضيل قال ابراهيم كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القبل، اذا ثبت هذا فالتسوية المستحبة ان يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين، وبه قال عطاء وشریح واسحاق ومحمد بن الحسن قال شريح لرجل قسم ماله بين ولده: أرددهم الى سهام الله وفرائضه وقال عطاء ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى، وقال ابو حنيفة ومالك والشافعية وابن المبارك يعطي الانثى مثل ما يعطي الذكر لان النبي ﷺ قال لبشيرين سعد «سو بينهما» وعلل ذلك بقوله «أيسرك ان يستروا في برك؟» فقال نعم قل «فسو بينهم» والبتت كالا بن في استحقاق برها فكذلك في عطيتها وعن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

لشدة محبة الوالد لهم ومصرف ماله اليهم عادة يتناسون في ذلك ويشدد عليهم تفضيل بعضهم ولا يساوهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ولا نص في غيرهم ولأن النبي ﷺ قد علم لبشير زوجة ولم يأمره باعطائها شيئاً حين أمره بالتسوية بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير والدك؟

(فصل) والام في المنع من المناضلة بين الاولاد كلاب أقول النبي ﷺ «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» ولأنها أحد الوالدين فمنعت التفضيل كلاب، ولأن ما يحصل بتخصيص الاب بعض ولده من الحسد والعداوة يوجد مثله في تخصيص الام بعض ولدها فثبت لها مثل حكمه في ذلك (فصل) وقول الخرق: أمر برده يدل على أن اللاب الرجوع فيما وهب لولده وهو ظاهر مذهب أحمد سواء قصد برجوعه التسوية بين الاولاد أو لم يرد وهذا مذهب مالك والارزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع فيها وبها قال أصحاب الرأي والثوري

«سوا بين أولادكم في عطية ولو كنت مؤثراً أحداً لا تثر النساء على الرجال» رواه سعيد في سننه ولأنها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والانثى كالتفقة والكسوة

ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الانثيين وأولى ما اقتدى به قسمة الله تعالى ولأن العطية في الحياة إحدى حالتها العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ الانثيين كحالة الموت يعني الميراث يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حسبه كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة ادائها بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولأن الذكر أحوج من الانثى من قبل انهما إذا تزوجا جميعاً فالصداق والتفقة وثيقة الاولاد على الذكر، والانثى لها ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته وقد قسم الله الميراث ففضل الذكر مقروناً بهذا المعنى فيعمل به ويتعدى ذلك إلى العطية في الحياة وحديث بشير قضية عين وحكاية حال لا عموم لها إنما يثبت حكمها في مثلها ولا نعلم حال اولاد بشير هل كان فيهم انثى أولاً؟ ولعل النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أنه ليس له الا ولد ذكر ثم تحمل التسوية على انقصة على كتاب الله تعالى ويحتمل أنه أراد التسوية في اصل العطاء لا في صفته فان التسوية لا تقتضي التسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء: ما كانوا يقسمون الا على كتاب الله تعالى وهذا خبر عن جميعهم على أن الصحيح في خبر ابن عباس أنه مرسل (مسألة) (فان خص بعضهم أو فضله فمليه التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى يستوا)

قد ذكرنا أن المشروع أن يسوي بين أولاده في العطية على قدر ميراثهم فان خص بعضهم بعطيته أو قاض بينهم اثم اذا لم يختص بمعنى يبيح التفضيل ووجب عليه التسوية اما برده ما فضل به البعض أو اعطاء الآخر حتى يتم نصيبه قال طاوس لا يجوز ذلك ولا رغبة محترق، وبه قال ابن المبارك وروي معناه عن مجاهد وعروة وكان الحسن يكرهه ويخبره في القضاء وقال مالك والايث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي يجوز ذلك وروي معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لأن أبا بكر

والعبري لقول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قبته» متفق عليه، وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها زواة مالك في الموطأ ولأنها هبة يحصل بها الاجر من الله تعالى فلم يحز الرجوع فيها كصدقة التطوع

ولنا قول النبي ﷺ لبشير بن سعد «فاردده» وروي «فارجعه» رواه كذلك مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن الثعلبي فأمره بالرجوع في هبته، وأقل أحوال الأمر الجواز، وقد امتثل بشير بن سعد في ذلك فرجع في هبته لولده ألا تراه قال في الحديث فرجع أبي فردتلك الصدقة وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً يخالف ظاهر الحديث لقوله تصدق علي أبي بصدقة، وقول بشير إني نحت ابني غلاماً يدل على أن كان قد أعطاه، وقول النبي ﷺ «فاردده» وقوله «فارجعه» وروى

رضي الله عنه نحل عائشة ابنته جداد عشرين وسقاً دون سائر ولده واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث الثعلبي بن بشير «أشهد علي هذا غيري» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولأنها عطية تلزم بموت الأب فكانت جائزة كما لو سوي بينهم

ولنا ما روى الثعلبي بن بشير قال تصدق علي أبي يفض ماله فبالت أبي عمرة بنت ربيعة لإرضى حتى تشهد عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخاف بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشهد علي صدقتي فقال «أكل ولدك أعطيت مثله» قال لا قال «فأتقوا الله وأعدوا بين أولادكم» قال فرجع أبي فردتلك الصدقة وفي لفظ قال «فاردده» وفي لفظ «فارجعه» وفي لفظ «لا تشهدني علي جور» وفي لفظ «فلا تشهدني إذا» وفي لفظ «فأشهد علي هذا غيري» وفي لفظ «سو بينهم» متفق عليه وفيه دليل على التحريم لانه إسماء جوراً وأمره برده وامتنع من الشراة عليه والجور حرام والأمر يقتضي الوجوب ولان تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فمنع منه كترويح المرأة على عنها وخالتها وقول أبي بكر لا يعارض قول النبي صلى الله عليه وسلم ولا يخرج به معه ويحتمل أن أبا بكر رضي الله عنه خصها لحاجتها وعجزها عن الكسب والسبب مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين وغير ذلك من فضائلها ويحتمل أن يكون نحلها ونحل غيرها من ولده أو نحلها وهو يريد أن يدخل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك ويتمين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لان محله على مثل محل النزاع منه في غنة وأقل أحواله الكراهة والظاهر من حال أبي بكر رضي الله عنه اجتناب المسكروحات وقول النبي صلى الله عليه وسلم «فأشهد علي هذا غيري» ليس بأمر لان أدنى أحوال الأمر الاستحباب والتدب ولا خلاف في كراهة هذا وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته إياها جوراً وحمل الحديث على هذا حمل لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم على التناقض ولو أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأشهاد غيره لامتنع بشير أمره ولم يردده وإنما هو تهديد له فيفيد ما أفاده التمهني عن التمامه

طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ أنه قال « ليس لاحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا يخص عموم ماروواه ويفسرهم بقياسهم منقوض بهية الاجنبي فان فيها أجراً وثواباً فان النبي ﷺ ذب اليها وعندم له الرجوع فيها والصدقة على الولد كمثلتنا ، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة لقوله تصدق على أبي بصدقة

(فصل) وظاهر كلام الحرقي أن الام كلاب في الرجوع في الهبة لان قوله واذا فاضل بين أولاده يتناول كل والد ثم قال في سياقه: أمر برده فيدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعي لانها داخلة في قوله إلا الوالد فيما يعطي ولده ولانها لما دخلت في قول النبي «سواء بين أولادكم» ينبغي أن يتمكن من النسوية والرجوع في الهبة طريق في النسوية وربما تعين طريقاً فيها اذا لم يمكن اعطاء الآخر مثل عطية الاول

(فصل) فأما ان خص بعضهم لمعنى يقتضيه تخصيصه من حاجة أو زمانة أو عبي أو كثرة عائلة أو لاشتغاله بالعلم أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته ولكونه يعصي الله تعالى بما يأخذه فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك فانه قال في تخصيص بعضهم بالوقف لا بأس اذا كان لحاجة واكرهه اذا كان على سبيل الاثره والعطية في معناه ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل على كل حال لكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته قل شيخنا والاول أولى ان شاء الله لحديث أبي بكر ولان بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية فجاز أن يخص بها كما لو اختص بالقرابة وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها وترك النبي ﷺ الاستفصال بجوز أن يكون لعله بالحال فان قيل لو علم الحال لما قال « ألك ولد غيره؟ » قلنا يجوز أن يكون السؤال ههنا لبيان العلة كما قال عليه الصلاة والسلام الذي سأله عن يوم الرطب بالتمر « أينقص الرطب اذا ييس قال نعم » قال « فلا اذا » وقد علم أن الرطب ينقص لكن نبه السائل بهذا على علة المنع والله أعلم

(فصل) والام في المنع من المفاضلة بين أولادها كلاب لقول النبي ﷺ « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » ولانها أحد الوالدين أشبهت الاب ولان ما يحصل بتخصيص الاب ببعض ولده من الحسد والتباغض يوجد مثله في تخصيص الام فيثبت لها مثل حكمه في ذلك

(مسئلة) (وان مات قبل ذلك ثبت المعطى وعنه لا يثبت ولقباتين الرجوع اختاره أبو عبد الله بن بطه) اذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع هذا المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني واختاره الحلال وصاحبه أبو بكر وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وهو الذي ذكره الحرقي، وفيه رواية أخرى أن لباقي الورثة أن يرتجوا ما وهبه اختاره أبو عبد الله بن بطه وأبو حفص العكبريان وهو قول عروة بن الزبير واسحاق قال أحمد: عروة قد روى الاحاديث الثلاثة حديث

ولأنها لما دخلت في المغني في حديث بشير بن سعيد فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله لقوله «فأردده» وقوله «فأرجمه» ولأنها لما سوت الاب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به تخليصا لها من الأثم وإزالة للفضيل المحرم كالأب والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع قال الأثرم قلت لابي عبد الله الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل؟ قال ليس هي عندي في هذا كالرجل لأن للأب أن يأخذ من مال ولده والام لا تأخذ، وذكر حديث عائشة: أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه» أي كأنه الرجل قال أصحابنا والحديث حجة لنا فإنه خص الوالد وهو بإطلاقه إنما يتناول الاب دون الام والفرق بينهما أن للاب ولاية على ولد. وبحوز جميع المال في الميراث والام بخلافه، وقال مالك للام الرجوع في هبة ولدها ما كان أبوه حيا فإن كان ميتا فلا رجوع لما لأنها هبة ابنيهم وهبة اليهم لازمة كهدية التطوع ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع

عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وتركها وذهب الى حديث النبي ﷺ «يرد في حياة الرجل وبعد موته» وهو قول اسحاق إلا أنه قال إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسم أن ينزعم أحد بما أعطى دون اخوته وأخوانه لأن النبي ﷺ سمي ذلك جوراً بقوله لبشير «لا تشهدني على جور» والجور لا يحل لقاعل فعله ولا للمعطي تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراماً فيجب رده ولأن أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد برد قسمة أبيه حين ولد له ولد لم يكن علم به ولا أعطاه شيئاً وكان ذلك بعد موت سعد فروى سعيد بإسناده من طريقين أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج الى الشام فمات بها ثم ولد له بعد ذلك ولد فثبى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما الى قيس بن سعد فقالا إن سعد قسم ماله ولم ينس ما يكون وإنما رى أن ترد هذه القسمة فقال لم أكن لأغير شيئاً عنه سعد وإنما نصيبني له وهذا معنى الخبر، ووجه الرواية الأولى قول أبي بكر لعائشة رضي الله عنهما لما نحلها نحلنا وددت أنك كنت حزبه فدل على أنها لو كانت حازته لم يكن لهم الرجوع وقال عمر لا دولة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد ولأنها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد ولأنه حق الاب يتعلق بمال الولد نسقط بموته كالأخذ من ماله

(فصل) وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ولا إعطاءهم على قدر ميراثهم سواء كانوا من جهة واحدة كاخوة وأخوات ونبي هم أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم وقال أبو الخطاب المشروع في عطية سائر الأقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم كالأولاد فإن خالف فعليه أن يرجع أو يعهم بالنحلة لأنهم في معنى الأولاد ثبت فيهم حكمهم

ولنا أنها عطية لغير الأولاد في صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين ولأن الأصل إباحة الإنسان التصرف في ماله كيف شاء وإنما وجبت التسوية بين الأولاد للخبر وليس غيرهم في معنهم لأنهم استووا في بر والدم فاستوا في عطيته وبهذا علل النبي ﷺ حين قال لبشير «أيسرك

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الهبة والصدقة وهو قول الشافعي وقرئ مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يجزوا الرجوع في الصدقة بحال واحتجوا بحديث عمر بن وهب هبة وأراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع

ولنا حديث النعمان بن بشير فإنه قال تصدق عليّ أبي بصدقة وأنا فرجعت أبي فرد تلك الصدقة وأيضاً عموم قول النبي ﷺ «إلا الوالد بما يعطي والده» وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خُص في الوالد وحده يثمر عام فيجب تقديم الخُص

(فصل) وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة (أحدها) أن تكون باقية في ملك الابن فإن خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو إرث أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لأنه إبطال الملك غير الوالد وإن عادت إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصية أو إرث ونحو ذلك لم يملك الرجوع فيها لأنها

أن يستووا في بركه قال نعم قال «فسو بينهم» ولم يوجد هذا في غيرهم ولأن الموالد الرجوع فيما أعطى والده فيمكنه أن يسوي بينهم في الرجوع بما أعطاه بعضهم ولا يمكن ذلك في غيرهم ولأن الأولاد لشدة محبة الوالد لهم وصرفه ماله إليهم عادة يتنافسون في ذلك يشتد عليهم تنضيل بعضهم ولا يساووهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه عليهم ولأن النبي ﷺ قد علم أن لبشير زوجة ولم يأمره بإعطائها شيئاً حين أمره بالتسوية بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك؟

(فصل) فإن أعطى أحداً بنيه في صحته والآخر في مرضه فقد توقف أحد فيه فإنه مثل من زوج ابنته فأعطى عنه الصداق ثم مرض الأب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته؟ نقال لو كان أعطاه في صحته فيحتمل وجهين (أحدهما) لا يصح لأن عطيته في مرضه كوصية له ولو وصى له لم يصح فكذلك إذا أعطاه (والثاني) يصح وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لأن التسوية بينهما واجبة ولا طريق لها في هذا الموضع إلا بطيئة الآخر فتكون واجبة فصح كقضاء دينه (فصل) قال أحمد أحب إلي أن لا يقسم ماله ويدعه إلى فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فإن أعطى ولده ماله ثم ولده ولد فاعجب إلى أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعه إلى هذا الولد الحادث ليساوي أخوته فإن أعطى ولده ثم مات ثم ولد له ولد استحب للعطي أن يساوي الموالد الحادث بعد أبيه

(مسئلة) (١) فإن سوى بينهم في الوقف أو وقف ثلثه في مرضه على بعضهم جاز نص عليه

وقياس المذهب أن لا يجوز

إذا سوى بين أولاده في الوقف الذكر والأنثى جاز ذكره القاضي وقال هو المستحب لأن القصد القرابة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة وقول شيخنا المستحب أن يقسم الوقف على أولاده

(١) قال الشيخ رحمه الله هذه المسئلة مذكورة في الوقف فلا حاجة إلى إعادتها

عادت بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه فلا يملك فسخه وإزالته كالذي لم يكن موهوباً له، وإن عادت إليه بفسخ البيع لم يرب أو أكلة أو نكح المشتري فنيه وجهان (أحدهما) بملك الرجوع لأن السبب الزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الأول فأشبهه ما لو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط والثاني) لا يملك الرجوع لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عليه فأشبهه ما لو عاد إليه بهبة، فأما أن عاد إليه لفسخ بخيار الشرط أو خيار المجلس فله رجوع لأن الملك لم يستقر عليه

(فصل) (الثاني) أن تكون العين باقية في تصرف الولد بحيث يملك التصرف في رقبتهما فإن استولد الأمة لم يملك الأب الرجوع فيها لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير سيدها، وإن رهن الدين أو أفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها لأن في ذلك إبطالا لخلق غير الولد فإذا زال المانع من التصرف فله رجوع لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقا الملك فتم الرجوع فإذا زال

كفحة الميراث الذكر مثل حظ الانثيين كما قسم الله تعالى بينهم الميراث لأنه إيصال للمال إليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالوصية ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى لأن الذكر نجب عليه نفقة زوجته وأولاده والمرأة ينق عليها زوجها ولا تلزمها نفقة ولها إذا كان لهم أب وقد فضل الله سبحانه الذكر على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به فينبغي أن يتردى إلى الوقف وما ذكره القاضي لا أصل له وهو ملغى بالميراث فإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين على بعض في الوقف أو بعض البنات أو خص بعضهم بالوقف فقد روي عن أحمد في رواية محمد بن الحكم: أن كان على طريق الأثرة فأكرهه وإن كان على أن بعضهم له غيال وبه حاجة فلا بأس بذلك لأن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته

(١) (فصل) وأما إذا وقف ثلثه في مرضه على بعض ورثته فقد اختلفت الرواية عن أحمد في ذلك فروي عنه عدم الحواز فإن قل وقف على إجازة الورثة فإنه قال في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن وصى لأولاد بنته بارض توقف عليهم فقال إن لم يرثوه فجاز فظاهر هذا أنه لا يجوز الوقف عليهم في المرض اختاره أبو حفص العكبري وابن عقيل وإليه ذهب الشافعي (والثانية) يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالأجانب فإنه قال في رواية جماعة منهم الميموني يجوز للرجل أن يوقف في مرضه على ورثته قليل له أليس تذهب إلى أنه لا وصية لو ارث؟ نقال نعم والوقف غير الوصية ولأنه لا يباع ولا يرث ولا يصير ملكاً للورثة بل ينتفعون بقاتها وقال في رواية أحمد بن الحسن أنه صرح في مسئلته بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال جاز قال الخبري وأجاز هذا الكثيرون واحتج أحمد بحديث عمر رضي الله عنه أنه قال: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين أن حدث به حدث

زال المنع والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجماعة هواه ، فأما من أجاز بيع المكاتب فحكمه حكم المنة أجر والمزوج

وأما التدبير فالصحيح أنه لا يمنع البيع فلا يمنع الرجوع ، وإن قلنا يمنع البيع منع الرجوع وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقة كالوصية والهبة قبل انقبض فيما يفتقر اليه والوطى والنزويج والاجارة والكتابة والتدبير ان قلنا لا يمنع البيع والمزارعة عليها وجهها مضاربة أو في عقد شركة فكل ذلك لا يمنع الرجوع لانه لا يمنع تصرف الابن في رقبته وكذلك العتق المعلق على صفة ، وإذا رجع وكان التصرف لازماً كلاجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحله لان الابن لا يملك ابطاله فكذلك من انتقل اليه ، وإن كان جائزاً كالوصية والهبة قبل انقبض بطل لان الابن يملك ابطاله
وأما التدبير والعتق المعلق بصفة فلا يبقى حكمهما في حق الاب ، ومتى عاد الى الابن عاد حكمهما

ان تمنا صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخير ورقية الذي فيه والمائة وحق الذي أطعمني محمد ﷺ ناله حفصة ما عاشت ثم بليه ذو النراي من أهله لا يباع ولا يشتري بنفسه حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى ، ولا حرج على من واه إن أكل أو اشترى رقية رواه أبو داود بنحو من هذا فالهبة فيه انه جعل حفصة تلي وقفه وتأكل منه وتشتري رقيقاً ، قال الميموني قلت لاجد انما أمر النبي ﷺ عمر باليقاف وليس في الحديث الوارث ، قال فاذا كان النبي ﷺ أمره وهوذا قد وقفها على ورثته وحبس الاصل عليهم جميعاً ولان الوقف ليس في معنى المال لانه لا يجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث

ولنا انه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فمنع منه كالهبات ولان كل من لا تجوز له الوصية بالعين لا تجوز له بالمنفعة كالأجنبي فيما زاد على الثلث ، وأما خبر عمر فانه لم يخص بعض الورثة بوقفه والنزاع انما هو في تخصيص بعضهم وأما جعل الولاية الى حفصة فليس ذلك وقفاً عليها فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع وتونه انتفاعاً بالغة لا يتنضي جواز التخصيص بدليل مال وصى لوارثه بالمنفعة عبد لم يجز ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية الجماعة على انه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرناه والله أعلم

(فصل) فان وقف داره وهي تخرج من ثلثه بين ابنه وبنته نصين في مرض موته صحح على رواية الجماعة ولزم لانه لما كان يجوز تخصيص البنت بوقف الدار كلها فنصنها أولى وعلى الرواية التي نصرناها إن أجاز له الابن جاز وإن رده بطل الوقف فيما زاد على نصيب الابن وهو السدس ويرجع الى الابن ملكاً فيكون له النصف وقفاً والسدس ملكاً طامناً والثلث جميعه للبنت وقفاً ، ويحتمل أن يبطل الوقف في نصف ما وقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفاً نصفها للابن وربعها للبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثاً ، وتصح المسئلة من اثني عشر للابن ستة أشهر وقماً وسهمان ملكاً

فأما البيع الذي للابن فيه خيار اما لشرط أو عيب في الثمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لان الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ولم يثبت له ذلك من جهته ، وان وهب الابن لابنه لم يملك الرجوع فيه لان رجوعه ابطال الملك غير ابنة فان رجع الابن في هبته احتمل أن يملك الاب الرجوع في هبته حينئذ لانه فسخ هبته برجوعه فداد اليه الملك بالسبب الاول وبمحتمل أن لا يملك الاب الرجوع لانه رجع الي ابنة بعد استقرار ملك غيره عليه فأشبهه مالو وهب ابن الابن لآبيه

(فصل الثالث) أن لا يتعلق بها رغبة الغير الواد فان تعلق بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته وأدانوه ديونا أو رغبوا في مناكلته فزوجوه ان كان ذكراً أو تزوجت الانثى

ولبنت ثلاثة أسهم وقفا وسهم ملكا ، ولو وقفها على ابنة وزوجته نصفين وهي تخرج من ثلثه فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها ، وللابن ابطال الوقف في ثلاثة أمانها وترجع اليه ملكا على الوجه الاول ، وعلى الوجه الثاني يصح الوقف على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع اليه بقي نصيبه ملكا ، ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكا فان ضرب سبعة في ثمانية تكن ستة وخمسين للابن ثمانية وعشرون وقفا وإحدى وعشرون ملكا وللرأة أربعة أسهم وقفا وثلاثة ملكا وهكذا ذكر أصحاب الشافعي ، فأما إن كانت الدار جميع ملكه فوقفها كلها فملى ما اخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فان الورث في جميع المال كالأجنبي في الزائد عن الثلث ، وأما على ما رواه الجماعة فان الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وما زاد فلهما ابطال الوقف فيه وللابن ابطال التسوية فان اختار ابطال التسوية دون ابطال الوقف خرج فيه وجهان (أحدهما) أنه يبطل الوقف في النسم ويرجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفا والنسم ملكا ولبنت الثلث وقفا ونصف النسم ملكا لثلاث تزداد البيت على الابن في الوقف ، وتصح المسئلة في هذا الوجه من ثمانية عشر الابن تسعة وقفا وسهمان ملكا ولبنت ستة وقفا وسهم ملكا ، وقال أبو الخطاب له إبطال الوقف في الربع كله ويصير له النصف وقفا والسدس ملكا ويكون لبنت الربع وقفا ونصف السدس ملكا كما لو كانت الدار تخرج من الثلث وتصح من اثني عشر

(مسألة) (ولا يجوز لواهب أن يرجع في الهبة)

لا يختلف المذهب ان غير الاب والام لا يجوز له الرجوع في الهبة والمدية وبه قال الشافعي ، وقال النخعي والثوري وإسحق وأصحاب الرأي: من وهب ابني ذي رحم فله الرجوع مالم يثب عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « الرجل أحمق بهبته مالم يثب منها » رواه ابن ماجه لقول عمر رضي الله عنه : من وهب هبة يرى انه أراد بها صلة الرحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها مالم يرض منها رواء مالك في الموطأ ولانه لم يحصل عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية

لذلك فمن أحمد روايتان (أولاهما) ليس له الرجوع . قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب لابنة ماله؛ فله الرجوع إلا أن يكون غربه قوماً فإن غربه فليس له أن يرجع فيها وهذا مذهب مالك لأنه تعلق به حق غير الابن في الرجوع إبطال حقه قد قال عليه السلام «لا ضرر ولا ضرار» وفي الرجوع ضرر ولأن في هذا تحيلاً على إلحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز التحيل على ذلك (والثانية) له الرجوع لعموم الخبر ولأن حق الزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه .

(فصل ١ [الرابع] أن لا تزيد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتلم صنعة فإن زادت فمن أحمد فيها روايتان (أحدهما) لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي لأنها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة (والثانية) تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لأن الزيادة للموهوب له لكونها به ماله ولم تنتقل إليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع

ولنا قول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قبته» وفي لفظ «كالكلب يعود في قبته» وفي رواية «ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قبته» متفق عليه، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي الله ﷺ قال «لا يرجع واهب في هبته إلا الوالد من ولده» ولأنه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته لذي الرحم المحرم وأحاديثنا أصح من حديثهم وأولى، وقول عمر قد روي عن ابنه وابن عباس خلافه، وأما العارية فهي هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها فإن قبضها باستيفائها فنظير مستثنى ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يجوز الرجوع فيها بقياسهم منقرض بهمة الاجنبي فإن فيها ثواباً وقد جوزوا فيها الرجوع فحصل الاتفاق على أن ما رهب الإنسان لذوي رحمه المحرم غير الوالدين لا رجوع فيها وكذلك ما رهب الزوج امرأته والخلاف فيما عدا هذا فنحن لا يرجع إلا الوالد وعندم لا يرجع إلا الاجنبي

(فصل) فأما الأب فيه الرجوع فيما وهب لولده في ظاهر المذهب سواء قصد برجرعه التقوية بين أولاده أولاً وبه قال مالك والشافعي والاذنابي وإسحق وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع وبها قال أصحاب الرأي والثوري والعمري لقول النبي ﷺ «العائد في هبته كالعائد في قبته» متفق عليه، ولما ذكرنا من حديث عمر

ولنا قول النبي ﷺ لقيس بن سعد «فاردده» وروى «فارجعه» رواه كذلك عن مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته وأئل أحوال الأمر الجواز، وقد امتثل بشير بن سعد ذلك فرجع في هبته لولده، ألا تراه قال في الحديث: فرجع أبي فرد تلك الصدقة؟ فإن قيل يحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً قلنا هذا يخالف ظاهر الحديث لقوله تصديق أبي علي بصدقة، وقول بشير إني نحلته ابني غلاماً يدل على أنه كان قد أعطاه وقول النبي ﷺ «فاردده» وروى طاووس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ أنه قال

الرجوع في الاصل لئلا يقتضي إلى سوء المشاركة وضرر التثمين ولأنه استرجاع المال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه باطلاق أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري ويفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشتري وقدرضي بذلك الزيادة وإن فرض الكلام فيها إذا باع عرضاً بعرض فزاد أحدهما ووجد المشتري الآخر عيباً قلنا بائع المعيب ساطم مشتريه على الفسخ ببيع المعيب فكان الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيما إذا فسخ زوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول لا صداق لها كما لو فسخته ، وعلى هذا لا فرق بين الزيادة في العين كالسمن والطول ونحوهما أو في المعاني كعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن أو علم أو اسلام أو فضله دين عنه وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة الزيادة بعلم القرآن وقضاء الدين عنه لا يمنع الرجوع ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم الصنعة وإن زاد يبرئه من عرض

« ليس لاحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » رواه الترمذي وقال حديث حدين وهذا يخص عموم ما رويهم وقياهم منقرض هبة الأجنبي فإن فيها أجراً وثواباً فإن النبي ﷺ نذب اليها وعندهم له الرجوع فيها والصدقة على الولد كمثلنا ، وقد دل حديث العمان بن بشير على جواز الرجوع في الصدقة قوله تصدق عليّ أبي بصدقة

(فصل) فأما الام فظاهر كلام أحمد أنه ليس لها الرجوع ، قل الاثرم : قلت لابي عبد الله الرجوع للمرأة فيما أعطت ولدها كالرجل ؟ قال ليس هي عندي كالرجل لأن اللاب أن يأخذ من مال ولده والام لا تأخذ رذكر حديث عائشة « أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه » أي كأنه الرجل ، ولا يصح قياس لام على الاب لأن اللاب ولاية على ولده ويحوز جميع المال في الميراث بخلاف الام ، ويحتمل أن لها الرجوع وهو ظاهر كلام الحنفي فإنه قال : وإذا فاضل بين أولاده أمر برده فيدخل فيه الام وهذا مذهب الشافعي لأنها داخلية في قوله إلا الوالد فيما يعطي ولده ولأنها دخلت في قول النبي ﷺ « سوا بين أولادكم » فينبغي أن يتمكن من الرجوع في الهبة ولأنه طريق إلى التدبيرة وربما لا يكون لها طريق غيره إذا لم يمكن أعطت الآخر كما أعطت لأولادها لأنها منارت الاب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تسار به في التمكن من الرجوع فيما فاضلته به تخليصاً لها من الأثم وإزالة التفضيل المحرم كلاب وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى ، وقال مالك للام الرجوع فيما وهبت ولدها ما كان أبوه حياً فإن كان ميتاً فلا رجوع لها لأنها هبة لغيره وهبة التيمم لازمة كصدقة التطوع ، ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع

(فصل) وحكم الصدقة حكم الهبة فيما ذكرنا وهو مذهب الشافعي ، ونزق مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يميزوا الرجوع في الصدقة بحال واختجروا بحديث عمر : من وهب هبة أراد بها حلة للرحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع

أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات وإن كانت زيادة العين أو النعم لا يزيد في قيمته شيئاً أو ينقص منها لم يمنع الرجوع لأن ذلك ليس بزيادة في المأية وأما الزيادة المنفصلة كولد البهيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعمه والزيادة لأولد لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فلا تتبع هنا . وذكر القاضي وجهاً آخر أنها للاب وهو بعيد فإن كانت الزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وذلك محرم إلا أن قول ابن الزيادة المنفصلة للاب فلا يمنع الرجوع لأنه يرجع فيها جميعاً أو يرجع في الأم ويملك الولد من مال ولده

(فصل) وإن قصر العين أو فصلها فلم تزد قيمتها لم تمنع الرجوع لأن العين لم تزد ولا القيمة وإن زادت قيمتها فهي زيادة منفصلة هل تمنع الرجوع أو لا ؟ ينشأ على الروايتين في السمنة وبمحتمل أن

ولنا حديث النعمان فإنه قل : تصدق أبي علي بصدقة فرجع أبي فرد تلك الصدقة ، وأيضاً قول النبي ﷺ « إلا الوالد فيما يعطي ولده » وهذا يقدم على قول عمر ثم هو خاص في الولد ، وحديث عمر فيجب تقديم الخاص عليه

(فصل) وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة ، أحدها (أن يبقى ملك الابن فيها) فإن خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لأنه إبطال ملك غير الوالد فاشبهه غير الموهوب للولد (الثاني) أن تكون العين باقية في تصرف الولد بملك التصرف في رقبته فإن استولد الأمة لم يملك الرجوع لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير سيدها وكذلك إن أفلس وحجر عليه أو رهن العين لأنه ينفي إلى إبطال حق غير الولد فإن زال المانع من التصرف فله الرجوع لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع فإذا زال المانع والصحيح في التدبير أنه لا يمنع الرجوع فإن قلنا يمنع البيع منع الرجوع كالأستيلاذ ، وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه والوطيء والتزويج والجاراة والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عقد شركة بكل ذلك لا يمنع الرجوع لأنه لا يمنع تصرف الابن في رقبته وكذلك تعليق العنق بصفة وإذا رجع وكان التصرف لازماً كالجاراة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله لأن الابن لا يملك إبطاله وأما التدبير والمملوق عتقه بصفة فلا يبقى حكمها في حق الابن ومتى عاد إلى الابن عاد حكمها والبيع الذي للابن فيه خيار أما بالشرط أو عيب في الثمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لأن الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عرض المبيع ولم يثبت ذلك من جهته

(فصل) فإن تعاقبها برغبة لغير الولد مثل أن يهب ولده شيئاً فيرغب الناس في معاملته وبدائونه أو في مناكحته فيزوجوه أو يهب بنته فتزوج لذلك فعن أحمد رواية أن (أولاهما) ليس له الرجوع قل أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب ابنه مالا فله الرجوع إلا أن يكون غريباً قوماً فإن غربه

تتمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال لأنها حاصلة بفعل الابن فحرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فإنه يحتمل أن يكون للاب فلا يتم الرجوع لأنه نماء العين فيكون تابعاً لها ، وإن وهبه حاملاً فولدت في يد الابن فهي زيادة متصلة في الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة إذا قلنا الحمل لاحكم له ، وإن وهبه حاملاً ثم رجع فيها حاملاً جاز إذا لم تزد قيمتها ، وإن زادت قيمتها فهي زيادة منفصلة ، وإن وهبته حائلاً فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها . وإن قلنا إن الحمل لاحكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة وإن لم تزد قيمتها جاز الرجوع فيها ، وإن وهبه فحملت فهي قبل التأخير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة

(فصل) وإن تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يتمن الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيها تلف منها لأنها تلفت على ملكه وسواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله ، وإن جنى العبد جناية تعلق

فليس له الرجوع ، وهذا مذهب مالك لأنه تعلق بها حق غير الابن ففي الرجوع إبطال حقه وقد قال عليه الصلاة والسلام فلا ضرر ولا ضرار وفي الرجوع ضرر ولأن في هذا تحيلاً على الحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز ذلك (والثانية) له الرجوع لعدم الخبر ولأن حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يتم الرجوع فيه وإن دأبه الناس فانلس ولم يحجر عليه فعلى الروايتين

(مسئلة) (وإن نقصت العين أزدادت زيادة مفصلة لم تتمن الرجوع والزيادة للابن ويحتمل أنها للاب وهل تتمن المتصلة الرجوع ؟ على روايتين)

أما الزيادة المنفصلة كالولد وثمر الشجرة وكسب العبد فلا تتمن الرجوع بغير خلاف لعلمه والزيادة للولد لأنها حادثة في ملكه ولا تتمن في الفسوخ فلا تقبم ههنا ، ويحتمل أنها للاب ذكره القاضي كالرد بالعيب ، فإن كانت لزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وهو محرم إلا أن نقول إن الزيادة المنفصلة للاب فلا تتمن الرجوع لأنه يرجع فيها جميعاً أو يرجع في الأم ويملك الولد من مال ولده

(فصل) فإن تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يتمن الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيما تلف منها لأنه تلف على ملكه سواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله وإن جنى العبد جناية تعلق أرشها برقبته فهو كقتضائه بذهاب بعض أجزائه والاب الرجوع فيه فإن رجع فيه ضمن أرش الجناية وإن جنى على العبد فرجع الاب فيه فارش الجناية عليه للابن لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة فإن قيل فلو أراد الاب الرجوع في الرهن وعليه فكذلك لم يملك ذلك فكيف يملك الرجوع في العبد الجاني إذا أدى أرش الجناية ؟ قلنا الرهن يتمن النصرف في العين بخلاف الجناية ولأن فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وههنا لم يتعلق الحق به من جهة المقدر فافتقرا

(فصل) فاما الزيادة المتصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة إذا زادت بها القيمة فعن أحمد فيها روايتان

أرشها برقبته فهو كنفصانه بذهاب بعض أجزائه وللاب الرجوع فيه فإن رجع فيه ضمن ارش الجناية وإن جنى على العبد فرجع الاب فيرجع الاب فيه فارش الجناية عليه الابن لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة فإن قيل فلو أراد الاب الرجوع في الرهن وعليه فكأنه لم يملك ذلك فكيف ملك الرجوع في العبد الجاني إذا أدى أرش جنائيه ؟ قلنا الرهن يمنع التصرف في العين بخلاف الجناية ولأن فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وهما لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا

(فصل) والرجوع في الهبة أن يقول قد رجعت فيها أو ارتجعنها أو ارتدتها أو نحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يحتاج إلى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض لأن ملك الموهوب له مستمر ولنا أنه خيار في فسخ عقد فلم يفتقر إلى قضاء كالفسخ بخيار الشرط فاما أن أخذ ماله بولده

(أحدهما) لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي لأنها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة (والثانية) تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لأن الزيادة الموهوب له لكونها ناء ملكه ولم تنقل اليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الاصل لنلا يفضي الى سوء المشاركة وضرر التشقيص ولأنه فسخ استرجاع المال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق ورجوع البائع في المبيع لفاس المشتري وفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشتري وقد رضي ببذل الزيادة وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضا بعرض فراد أحدهما ورجد المشتري بالآخر عيبا قلنا بائم المبيع سابط المشتري على الفسخ يبيعه المبيع فكان الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيما إذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول سقط صداقها كما لو فسخته وعلى هذا لافرق بين الزيادة في العين كاسمن والاطول ونحوهما أو في المعاني كتعلم صناعة أو كتابة أو قرآن أو علم أو اسلام أو قضاء دين عنه وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو حنيفة الزيادة بتعلم القرآن وقضاء دين عنه لا تمنع الرجوع

ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كاسمن وتعلم صناعة وإن زاد يبرئه من مرض أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات وإن كانت زيادة العين أو التلم لا تزيد في قيمته شيئا أو تنقص منها لم تمنع الرجوع لأنه ليس بزيادة في المأية

(فصل) فإن قصر العين أو فصلها فهي زيادة متصلة هل تمنع الرجوع أولا ؟ مبني على الروايتين في السمن قال شيخنا ويحتمل أن تمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال لأنها حاصلة بفعل الابن فخرت بحري العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فإنه يحتمل أن يكون للاب فلا يمنع الرجوع لأنه ناء العين فيكون تابعا لها وإن وهبه حاملا فولدت في يد الابن فهي زيادة متصلة في الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة إذا قلنا الحمل لاحكم له وإن وهبه حاملا ثم رجع فيها حاملا جاز إذا لم تزد قيمتها

فان نوى به الرجوع كان رجوعا والقول قوله في نيته ، وان لم يعلم هل نوى الرجوع أو لا وكان ذلك بعد موت الاب فان لم توجد قرينة تدل على الرجوع لم يحكم بكونه رجوعا لان الاخذ بمقتضى الرجوع وغيره فلا نزيل حكما يقينا بامر مشكوك فيه ، وان اقترنت به قرائن دالة على الرجوع ففيه وجهان (أحدهما) يكون رجوعا اختاره ابن عقيل لاننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال في الفسخ أولى ولان لفظ الرجوع انما كان رجوعا لدلالته عليه فكذلك كلما دل عليه والآخر لا يكون رجوعا وهو مذهب الشافعي لان الملك ثابت للموهوب له يقينا فلا يزول الا بالصرح ، ويمكن أن يبنى هذا على نفس العقد فن أوجب الايجاب والقبول فيه لم يكتف ههنا الا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضا به فهنا أولى ، وان نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع

وان زادت قيمتها فهي زيادة متصلة ، وان وهب حائلا فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها وان قلنا ان الحل لاحكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة وان لم تزد جاز الرجوع فيها وان وهبه فحملت فهي قبل التأثير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة

(مسئلة) (وان باعه المتهب ثم رجع اليه بفسخ أو اقالة فهل له الرجوع ؟ على وجهين)

اذا خرجت العين عن ملك الابن ببيع أو هبة ثم عادت اليه بسبب كبيع أو هبة أو وصية أو ارث أو نحوه لم يملك الاب الرجوع فيها لانها عادت بملك جديد لم يستفده من قبل ابيه فلا يملك فسخه وازائه كالذي لم يكن موهوبا وان عادت اليه بفسخ العيب أو اقالة أو فاس المشتري ففيها وجهان (أحدهما) يملك الرجوع لان السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الاول فاشبه ما لو فسخ البيع بالخيار (والثاني) لا يملك الرجوع لان الملك عاد اليه بعد استقرار ملك من انتقل اليه عليه اشبه ما لو عاد اليه بالهبة فاما ان عاد اليه بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع لأن الملك لم يستقر عليه .

(مسئلة) (وان وهبه المتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع الا ان يرجع هو)

لان رجوعه ابطال لملك غير ابنه فان رجع الابن في هبته احتمل ان يملك الاب الرجوع في هبته لانه فسخ هبته برجوعه فعاد اليه الملك بالسبب الاول ويحتمل ان لا يملك الاب الرجوع لانه رجع الى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فاشبه ما لو وهبه ابن الابن لابنه .

(مسئلة) (وان كاتبه أو رهنه لم يملك أبوه الرجوع الا ان ينفك الرهن وينفسخ)

اما اذا رهنه الابن فليس للاب الرجوع قبل انفكك الرهن لان في ذلك ابطال حق غير الولد فان انفك الرهن فله الرجوع لزوال المانع ولانه عاد الى صحة تصرف الابن فيه اشبه غير المرهون وحكم الكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجهاء غيره فاما من اجاز بيع المكاتب فعلمه عنده كالعين المستأجرة والمزوج على ما ذكرناه

وجها واحداً لانه اثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود ، وان عانى الرجوع بشرط فقال اذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح لان الفسخ للعقد لا يقف على شرط كما لا يقف العقد عليه

(مسئلة) (فان مات ولم يردده فقد ثبت لمن وهب له اذا كان ذلك في صحته)

يعني اذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بهبة ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع هذا المصوح عن أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني وهو اختيار الحلال وصاحبه أبي بكر وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وفيه رواية أخرى عن أحمد أن لسائر الورثة أن يجمعوا ما وهبه اختاره ابن بطة وأبو حفص العكبري بن روهو

(فصل) والرجوع في الهبة ان يقول قد رجعت فيها او ارجعتها أو رددتها أو نحو ذلك من الالفاظ الدالة على الرجوع ولا يفترق الى حكم حاكم ، وبه قال الشافعي وقال ابراهيمة لا يصح الرجوع الا بقضاء قاض لان ملك الموهوب له مستقر

وانا انه خيار في فسخ عقد فلم يفترق الى قضاء كالفسخ بخيار الشرط فان أخذ ما وهبه لولده ونوى به الرجوع كان رجوعاً والقول قوله في نيته لان ذلك لا يعلم إلا منه ، فان مات الأب ولم يعلم هل نوى الرجوع أو لا ؟ ولم توجد قرينة تدل على الرجوع لم نحكم بأنه رجوع لان الأخذ يحتمل الرجوع وغيره ، فلا نزاع حكماً يقينياً بأمر مشكوك فيه فان اقترنت به قرائن دالة على الرجوع كان رجوعاً في أحد الوجهين اختاره ابن عقيل لاننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال في الفسخ ولان لفظ الرجوع إنما كان رجوعاً لدلالته عليه فكذلك كل ما دل عليه ، والآخر لا يكون رجوعاً ، وهو مذهب الشافعي لان الملك ثابت للموهوب له يقيناً فلا يزول إلا بالصريح ، قال شيخنا ويمكن أن ينبني هذا على نفس العقد فمن أوجب الايجاب والقبول فيه لم يكتف ههنا إلا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضى به ههنا أولى ، فان نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع وجهاً واحداً لانه إثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود ، وإن علق الرجوع بشرط فقال اذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح لان الفسخ للعقد لا يقف على شرط لا يقف العقد عليه

(مسئلة) (وعن احمد في المرأة تهب زوجها مهرها إن كان سألها ذلك رده اليها رضى أو كرهت لانها لا تهبه له إلا بخافة غضبه أو اضرار بها بأن يتزوج عليها)
اختلفت الرواية عن احمد في هبة المرأة زوجها ، فعنه لا رجوع لها ، وهذا ظاهر كلام الحرق واختيار أبي بكر ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور

قول عروة بن الزبير وإسحاق ، وقال أحمد عروة قد روي الاحاديث الثلاثة حديث عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وتركها وذهب إلى حديث النبي ﷺ «يرد في حياة الرجل وبعد موته» وهذا قول إسحاق إلا أنه قال إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسم أن ينتفع أحد بما أعطي دون إخوته وأخوانه لأن النبي ﷺ سمى ذلك جوراً بقوله «لا تشهدني على جور» والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطي تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراماً فيجب رده ، ولأن أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد أن يرد قسمة أبيه حين ولد له ولد ولم يكن علم به ولا أعطاء شيئاً وكان ذلك بعد موت سعد ، فروى سعيد بإسناده من طريقين أن سعد بن عباد قسم ماله بين أولاده وخرج إلى الشام فمات بهائم ولد بعد ذلك ولد فمضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما إلى قيس بن سعد فقالا إن سعد قسم ماله ولم يدر ما يكون ، وأنا نرى أن ترد هذه القسمة فقال قيس لم أكن لأغير شيئاً صنعه سعدا ولكن نصيبني له وهذا معنى

وأصحاب الرأي وعطاء وقتاده نقول الله تعالى (إلا أن يعفون) وقال تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفساً) الآية ، وعموم الاحاديث وعنه رواية ثانية لها الرجوع . قال الاثرم سمعت أحمد يسأل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأبته يجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث «أنما يرجع في المواهب للنساء وشرار الناس» وذكر حديث عمر : إن النساء يعطين أزواجهن رغبة وزهبة فأبما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعصره فهي أحق ، رواه الاثرم ، وهذا قول شريح والشعبي وحكام الزهري عن القضاة .

وعنه رواية ثالثة نقلها عنه أبو طالب : اذا وهبت له مهرها فان كان سألها ذلك رده اليها رضى أو كرهت لانها لا تهب إلا بخيانة غضبه أو اضرار بأن يتزوج عليها ، وإن لم يكن سألها وترغب به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسائلها أو غضب عليها أو ما يدل على خوفها منه فلها الرجوع لان شاهد الحال يدل على أنها لم تطب به نفسها وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى (فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً فيكون فيها ثلاث روايات (إحداها) ليس لها الرجوع كالأجنبي (والثانية) لها الرجوع مطلقاً لحديث عمر (والثالثة) التفضيل الذي ذكرناه .

(فصل) (قال رضي الله عنه) وللاب أن يأخذ من مال ولده ماشاء ويتمسكه مع حاجته وعدمها في صغره وكبره مالم تتعلق حاجة الابن به)

إنما يجوز ذلك بشرطين (أحدهما) أن لا يحجب بالابن ولا يضر به ولا يأخذ شيئاً تعاقبت به حاجته (الثاني) أن لا يأخذ من مال ولد فيعطيه الآخر نص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد لانه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلان بمنع من تخصيصه بما أخذه من مال ولده الآخر أولى وقد روي أن مسروقاً زوج ابنته بصداق ، عشرة آلاف فأخذها فأنفقها في

الخبر، ووجه القول الاول قول أبي بكر رضي الله عنه لعائشة لما منحها نحلا وددت لو أنك كنت حزتيه فدل على أنها لو كانت حازته لم يكن له الرجوع وكذلك قول عمر لأمية لا تحبها إلا نعمة يحوزها الولد درن الوالد ولأنها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد، وقوله اذا كان ذلك في صحته يدل على أن عطية في مرض موته لبعض ورثته لا تنفذ لان العطايا في مرض الموت بمنزلة الوصية في أنها تعتبر من الثلث اذا كانت لأجنبي اجماعا فكذلك لا تنفذ في حق الوارث . قال ابن المنذر أجمع كل من أحظ عنه من أهل العلم ان حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا هذا مذهب المديني والشافعي والسكري، فان أعطى أحد بنيه في صحته ثم أعطى الآخر في مرضه فقد توقف أحد فيه فانه سئل عن زوج ابنه فأعطى عنه الصداق ثم مرض الاب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته فقال لو كان أعطاه في صحته ، فيحتمل وجهين (أحدهما) لا يصح لان عطيته في مرضه كوصيته

سبيل الله وقال لأزوج جبر امرأتك وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته لقول النبي ﷺ « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا » متفق عليه وروى الحسن أن النبي ﷺ قال « كل أحد أحق بكسبه من ولده ووالده والناس أجمعين » رواه سعيد في سننه ، وروى أن النبي ﷺ قال « لا يحمل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه » رواه الدارقطني ولأن لك لابن تام على مال نفسه فلم يجوز انتزاعه منه كالذي تعلقت به حاجته ولنا قول النبي ﷺ « إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم » أخرجه سعيد والترمذي وقال حديث حسن ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال إن أبي اجتاح مالي فقال « أنت ومالك لأبيك » رواه الطبراني في معجمه مطولا ، ورواه ابن ماجه وروى أبو داود نحوه ورواه غيره وزاد « وإن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال إن لي مالا وعيالا ولأبي مال وعيالا وأبي يريد أن يأخذ مالي فقال النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » رواه سعيد في سننه ولأن الله تعالى جعل الولد موهوبا لأبيه فقال (ووهبنا له إسحاق ويعقوب) وقال (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا هب لي من لدنك وليا) وقال إبراهيم (الحمد لله الذي رهب لي على السكبر اسماعيل وإسحاق) وما كان موهوبا له كان له أخذ ماله كعبده قال سفيان بن عيينه في قوله تعالى (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم) ثم ذكر بيوت سائر القربات إلا الأولاد لم يذكرهم لأنهم دخلوا في قوله من بيوتكم فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه ، وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها فان النبي ﷺ جعل مال الابن مالا لأبيه بقوله « أنت ومالك لأبيك » ولاتنافي بينهما وقوله عليه السلام « أحق به من ولده وولده » الحديث مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حق

ولو وصى له لم يصح فكذلك اذا أعطاه (والثاني) يصح لان القسمة بينهما واجبة ولا طريق لها في هذا الموضوع الا بمطية الآخر فتكون واجبة فتصح بقضاء دينه

(فصل) قال أحمد أحب أن لا يقسم ماله ويدعه على فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فان أعطى ولده ماله ثم ولد له ولد فأعجب إلي أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعوه الى هذا الولد الحادث ليساوي اخوته ، فان كان هذا الولد الحادث بعد الميراث لم يكن له الرجوع على اخوته لان العطية لزمّت بموت أبيه الاعلى الرواية الاخرى التي ذهب اليها أبو عبد الله بن بطّة ، ولا خلاف في أنه يستحب لمن أعطى أن يساوي أخاه في عطيته وذلك أمر أبو بكر وعمر رضي الله عنهما قيس بن سعد يرد قسمة أبيه ليساوي المولود الحادث بعد موت أبيه .

أبيه لا على نفي الحق بالسكينة والولد أحق من الوالد فيما تعلقت به حاجته .

(مسألة) (فان تصرف فيه قبل تملكه ببيع أو عتق أو إبراء من دين لم يصح تصرفه فيه) نص عليه أحمد قال لا يجوز عتق الاب لبعده ابنه مالم يقبضه ، فعل هذا لا يصح إبراءه من دينه ولا هبته لماله ولا بيعه له لان ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه ، وذكر ابن أبي موسى في الارشاد قال اذا وهب الابن من ماله شيئاً فليس لايه الاعتراض عليه الا أن يكون للولد عقار يكفيه ويكفي أباه ولا مال له غيره ولا مال لايه فان أحمد قل ان اعترض عليه الوالد رأيت أن يرده الخا كم على الاب ولا يبقى فقيراً لا حيلة له ، ويحل له وطء جواريه ولو كان المالك مشتركاً لم يحل له الوطء كما لا يحل وطء الجارية المشتركة وإنما للاب انتزاعه منه كالعين التي وهبها إياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لانه تصرف في ملك غيره بغير ولاية ، وان كان الابن صغيراً لم يصح أيضاً لانه لا يملك التصرف بها لاحظ للصغير فيه وليس من الحظ اسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله قال أحمد بين الرجل وبين ولده ربا لما ذكرنا من أن ملك الابن على ماله تام

(مسألة) (وان وطئ جارية ابنه فأحبها صارت أم ولد له وولده حر لا تلزمه قيمته ولا حد عليه ولا مهر وفي التمهيز وجهان)

قال أحمد لا بطلان جارية الابن إلا أن يقبضها يعني يملكها لانه إذا وطئها قل يملكها فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين فان تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرأ لانه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها ، فان كان الابن قد وطئها لم يحل له بحال فان وطئها قبل تملكها ولم يكن الابن وطئها كان محرماً من وجهين (أحدهما) أنه وطئها قبل تملكها (والثاني) أنه وطئها قبل استبرائها وإن كان الابن وطئها حرمت بوجه ثالث وهو أنها صارت بمنزلة حليّة ابنه فان فعل فلا حد عليه لشبهة الملك فان النبي ﷺ أضاف مال الولد الى أبيه فقال « أنت ومالك لايك »

(فصل) والاب أن يأخذ من مال ولده ماشاء، ويتملكه مع حاجة الاب إلى ما يأخذه ومع عدمها صغيراً كان الولد أو كبيراً بشرطين (أحدهما) أن لا يجحف بالابن ولا يضر به ولا يأخذ شيئاً تملكت به حاجته (الثاني) أن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد وذلك لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى

وقد روي أن مسروقاً زوج ابنته بصدق عشرة آلاف فأخذها وأنفقها في سبيل الله وقل للزوج جهز امرأتك، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ليس له أن يأخذ من مال ولده الا بقدر حاجته لأن النبي ﷺ قال «ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا» متفق عليه وروى الحسن أن النبي ﷺ قال «كل أحد أحق بكسبه من والده وولده والناس أجمعين» رواه

وإن ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لأنه من وطء سقط فيه الحد للشبهة وليس للابن مطالبة بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهر ويجب تعزيره في أحد الوجهين لأنه وطئ وطأ محرماً أشبه وطء الجارية المشتركة، والثاني لا يعزر لأنه لا يقتضيه منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله، والاول أولى لأن التعزير ههنا حق لله تعالى بخلاف الجناية على ولده لأنها حق لوالده (فصل) وليس لغير الاب الاخذ من مال غيره بغير اذنه الاحاديث التي ذكرناها لان الخبر ورد في الاب بدليل قوله عليه السلام «أنت ومالك لايك» ولا يصح قياس غيره عليه لان للاب ولاية على ولده وماله اذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق مناكدة، ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لأنها ولاية لها والجد أيضاً لا يلي على مال ولد ابنه وشفقته قاصرة عن شفقة الاب ويوجب به في الميراث وفي ولاية النكاح، وغيرهما من الاقارب والاجانب ليس لهم الاخذ بطريق التنبيه لأنه اذا امتنع الاخذ في حق الام والجد مع مشاركتهم للاب في بعض المعاني فغيرها ممن لا يشارك في ذلك أولى ويحتمل أن يجوز للام لدخول ولدها في قول الله تعالى (وأولادكم)

(مسئلة) (وليس الابن مطالبة أبيه بدين ولا قيمة متلف ولا ارض جناية ولا غير ذلك)

وبه قال الزبير بن بكار ومقتضى قول سفيان بن عيينة وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك لأنه دين ثابت فجازت المطالبة به كغيره

ولنا أن رجلاً جاء الى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديناً عليه فقال «أنت ومالك لايك» رواه الحلال باسناده وروى الزبير بن بكار في الموقوفات أن رجلاً استقرض من أبيه مالا فحبسه فأطال حبسه فاستعدى عليه الابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضاً فقال علي رضي الله عنه

سعيد في سننه وهذا نص . وروي أن النبي ﷺ قال « لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه »
رواه الدارقطني ولان ملك الابن تام على مال نفسه فلم يجوز انتزاعه منه كالذي اتلفت به حاجته
ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ « ان أطيب ما أكلتم من كسبكم
وان أولادكم من كسبكم » أخرجه سعيد والترمذي وقال حديث حسن . وروى عمرو بن شبيب عن
أبيه عن جده قال : جاء رجل الى النبي ﷺ فقال ان أبي اجتاع مالي ، فقال « أنت ومالك لايك »
رواه الطبراني في معجمه مطولا ورواه غيره وزاد « ان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم »
وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن عتوب قال : جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال ان لي مالا
وعيالا ولا بي مال وعيال وأبي يريد أن يأخذ مالي فقال النبي ﷺ « أنت ومالك لايك » أخرجه
سعيد في سننه . ولان الله تعالى جعل الولد موهوبا لأبيه فقال (ووهبنا له اسماءه ما يعقوب) وقال

قد سمع القاضي ومن ربي الفهم المال للشيخ جزاء بالتم
يأكله برغم أنف من رغم من قال قولا غير ذافقد ظم
وجار في الحكم وبئس ما جرم

قال الزبير الى هذا نذهب ولان المال أحد نوعي الحقوق فلم يملك مطالبة أبيه به كحقوق الابدان
وفارق الاب غيره بما يثبت له من الحق على ولده فان مات الابن فانتقل الدين الى ورثته لم يملكوا
مطالبة الاب لان موروهم لم يكن له المطالبة فهم أولى ، فان مات الاب فقيل يرجع الابن في تركته
بدينه لان دينه عليه لم يسقط من الاب وانما تأخرت المطالبة وعن أحمد اذا مات الاب بطل دين
الابن وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئا فأفقعه ليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من
المهر من شيء بعينه أخذه وتأول أصحابنا كلام أحمد على أنه أخذه على سبيل التملك لان أخذه له
وانفاقه دليل على قصد التملك فيثبت الملك له بذلك الاخذ والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (والهدية والصدقة نوعان من الهبة)

والعطية تشمل الكل وكذلك النحلة ومعانيها كلها متقاربة إلا أنه في الغالب من أعطى شيئا ينوي به
التقرب الى الله تعالى للمحتاجين سمي صدقة وان دفع الى غير محتاج للحاجة فهي هبة ، ومن
بعث على هذا الى إنسان مع غيره سمي هدية وكل ذلك مستحب مندوب اليه وأحكام ذلك
أحكام الهبة ويشترط لها ما يشترط من الشروط على ما سبق .

(فصل) في عطية المريض قال الشيخ رحمه الله (أما المريض غير مرض الموت أو مرضاً غير
مخوف كالرمد ووجع الضرس والصداع ونحوه فعطاياه كعطايا الصحيح سواء تصح من جميع ماله)
وجملة ذلك أن عطايا المريض إذا برأ من مرضه أو كان مرضاً غير مخوف كالذي ذكره وكذلك
ما في مناء كالجرب والحمل البسيرة ساعة أو نحوها والاسهال اليسير من غير دم فعطاياه مثل عطايا
الصحيح لانه لا يخاف منه في المادة .

(ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك وليا) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وما كان موهوبا له كان له أخذ ماله كعبده
وقال سفیان بن عیینة فی قوله (ولا علی أنفسکم أن تأکلوا من بیوتکم أو بیوت آبائکم) ثم ذکر بیوت سائر القرابات الا الأولاد لم یذکرهم لانهم دخلوا فی قوله (بیوتکم) فلما كانت بیوت أولادهم کبیوتهم لم یذکر بیوت أولادهم ولان الرجل یلی مال ولده من غیر تولیة فکان له التصرف فیہ کمال نفسه ، وأما أحادیثهم فأحادیثنا نخصها ونفسرها فان النبی ﷺ جعل مال الابن مالا لأبيه بقوله « أنت ومالك لأبيك » فلا تنافي بينهما ، وقوله « أحق به من ولده وولده » مرسل ثم هو يدل على ترجیح حقه على حقه لأعلى فی الحق بالکلیة والولد أحق من الوالد بما تملکت به حاجته

(مسألة) (وإن كان مرض الموت الخوف كالبرسام وهو بخار يرتقي إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل عقل صاحبه، وذات الجنب وهو قرح يبطن الجنب ووجع القلب والرئة فانها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها والرعاف الدائم فانه يصفى الدم فيذهب القوة والقولنج وهو أن ينعقد الطعام في بعض الاعضاء ولا يزل عنه فهذه مخوفة ، وإن لم يكن معها حمى وهي مع الحمى أشد خوفا وإن ثار الدم واجتمع في عضو كان مخوفا لانه من الحرارة المفرطة ، وإن هاجت به الصفراء فهي مخوفة لانها تورث يبوسة وكذلك البانم اذا هاج لانه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفيها ، والطاعون مخوف لانه من شدة الحرارة إلا أنه يكون في جميع البدن ، وأما الاسهال فان كان متحررا لا يمكنه إمساكه فهو مخوف وإن كان ساعة لان من لحقه ذلك أسرع في هلاكه ، وإن كان يجري تارة وينقطع أخرى فان كان يوما أو يومين فليس بمخوف لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير أو تقطيع كأن يخرج متقطعا فانه يكون مخوفا لان ذلك يضعف وإن دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه ذلك أو لم يكن ، وكذلك الفالج في ابتدائه والسل في انتهائه والحمى المطبقة ، وما أشكل من ذلك رجح فيه إلى قول عدلين من الاطباء لانهم أهل الخبرة بذلك ولا يقبل قول واحد لانه يتعلق به حق الوارث والمعطي ، وقياس قول الخرقى أنه يقبل قول واحد عدل اذا لم يقدر على طبيين . فهذا الضرب وما أشبهه عطايا صحيحة لان عمر رضي الله عنه أوصى حين جرح فسقاه الطبيب ابنا فخرج من جرحه فقال له الطبيب اعهد الى الناس فعهد اليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته وكذلك أبو بكر رضي الله عنه عهد الى عمر حين اشتد مرضه فنفذ عهده .

(فصل) (فان كان المريض يتحقق تعجيل موته فان كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أيسنت حشوته فلا حكم لكلامه ولا لعطيته وإن كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته واشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وعطيته لما ذكرنا من حديث عمر وكذلك علي رضي الله عنهما بعد ضرب ابن

(فصل) وليس لاولد مطالبة أبيه بدين عليه وبه قال الزبير بن بكار وهو مقتضى قول سفيان ابن عيينة ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك لانه دين ثابت فجازت المطالبة كغيره ولنا أن رجلا جاء الى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديننا عليه فقال « أنت ومالك لا يليك » رواه أبو محمد الحلال بأسناده . وروى الزبير بن بكار في كتاب الموفقيات بأسناده أن رجلا استقرض من ابنه مالا فخبسه فأطال حبسه فاستعدي عليه الابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضا فقال علي رضي الله عنه

قد سمع القاضي ومن ربي الفهم المال للشيخ جزاء بالنعيم
يأكله برغم أنف من رغم من قال قولا غير ذا فقد ظلم
وجار في الحكم وبأس ماجرم

ملجهم وصى وأمر ونهى ولم يختلف في صحة ذلك
﴿ مسألة ﴾ (فعطاياه كالوصية في أنها لا تصح لو ارث ولا لاجنبي بزيادة على الثلث الا بإجازة الورثة كالهبة والعق والسكينة والحجابة)

وجملة ذلك أن التبرعات المتجزئة كالعق والحجابة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والعفو عن الجنابة الموجبة للمال والسكينة اذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لا نعلم في هذا خلافا، وان كانت في مرض يخوف اتصال به الموت فهي من ثلث المال في قول الجمهور وحكي عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال

ولنا ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم رواه ابن ماجه وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ، وروى عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة أمهدة له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثة أجزاء وأفرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه مسلم وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى ولان هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطيته فيها في حق ورثته لا يتجاوز الثلث كالوصية

(فصل) وحكم العطايا في مرض الموت حكم الوصية في خمسة أشياء (أحدها) أن يقف تقوذاها على خروجها من الثلث وإجازة الورثة (الثاني) أنها لا تصح لو ارث الا بإجازة الورثة (الثالث) أن فضيلتها نافعة عن فضيلة الصدقة في الصحة لان النبي ﷺ سئل عن أفضل الصدقة قال « أن تصدق وأنت صحيح صحيح تأمل الغنى وتحشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان » متفق عليه (الرابع) أن العطايا تنزاحم في الثلث اذا وقعت دفعة واحدة كتنزاحم الوصايا فيه (الخامس) أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده

قال الزبير : الى هذا نذهب ولان المال أحد نوعي الحقوق فلم يملك مطالبة أبيه بها كحقوق الابدان وبفارق الاب غيره بما ثبت له من الحق على ولده . وان مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته لم يملكوا . مطالبة الاب به لان موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى ، وان مات الاب رجع الابن في تركته بدينه لان دينه لم يسقط عن الاب وانما تأخرت المطالبة . وقد روي عن أحمد انه قال إذا مات الاب بطل دين الابن . وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنتقمه فليس عليه شيء ، ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذته . وتأول بعض أصحابنا كلامه على أن لما أخذه على سبيل التملك وبمحتمل أن يكون أخذه له وإنفاقه إياه دليلاً على قصد التملك فيثبت المالك بذلك الأخذ والله أعلم

(فصل) وان تصرف الأب في مال الابن قبل تملكه لم يصح تصرفه نص عليه أحمد فقال لا يجوز عتق الاب اعبداً ابنه ما لم يقبضه ، فعلى هذا لا يصح إبرأؤه من دينه ولا هبته لعله ولا بيعه له وذلك

(مسألة) (فأما الامراض الممتدة كالجدام وحمى الربيع والسل في ابتدائه والفالج في دوامه فان صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة والا فلا)

قال القاضي اذا كان يذهب ويحجي فعطايه من جميع المال هذا تحقيق المذهب وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجذوم والمفلوج من الثلث وهو محمول على أنه صار صاحب فراش وبه يقول الاوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ، ثور وذكر أبو بكر وجهاً آخر أن عطايه هؤلاء من المال كله وهو مذهب الشافعي لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وان كان لا يبرأ منه فهو كالمهر . ولنا أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف أشبه صاحب الحمى الدائمة وأما الهرم فان صار صاحب فراش فهو كمثلنا

(مسألة) (ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب أو في لجأ البحر عندهي جانه أو وقع الطاعون ببلده أو قدم ليقص منه والحامل عند الخاض فهو كالرخص)

وجملة ذلك أن الخوف يحصل في هذه المواضع الخمسة المذكورة فيقوم مقام المرض (أحدها) اذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل واحدة منهما مكافئة للأخرى أو مقهورة فأما القاهرة منها بعد ظهورها فليست خائفة وكذلك اذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمي السهام أو لم يكن فليست حالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متفتتين في الدين أو لا وبه مالك والثوري والاوزاعي ونحوه عن مكحول وعس الشافعي قولان (أحدهما) كقول الجماعة (والثاني) ليس بخوف لانه ليس بمرض ولنا أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولان المرض انما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك قال أحمد اذا حضر اقتال كان عتقه من الثلث وعنه اذا التحم الحرب فوصيته من المال كله لكن يقف الزائد عن الثلث على إجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحدي فاحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية وسمى العطية وصية تجوز لكونها في حكم الوصية ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله (الثانية) اذا قدم ليقتل فهي حالة خوف سواء أريد قتله

لان ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه ويحل له وطء جواريه ولو كان الملك مشتركاً لم يحل له الوطء كما لا يجوز وطء الجارية المشتركة وانما للاب انتزاعه منه كالعين التي وهبها اياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لانه يتصرف في ملك غيره بغير ولاية ، وان كان الابن صغيراً لم يصح أيضاً لانه لا يملك التصرف به لاحظ للصغير فيه وليس من الحظ اسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله

(فصل) قال أحمد بين الرجل وبين ولده رباً لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تام . وقال : لا بطلاً جارية الابن الا أن يتبضها يعني يملكها ، وذلك لانه اذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين وان تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرأ لانه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها وان كان الابن قد وطئها لم تحل له بحال وان وطئها قبل تملكه كان محرماً من وجهين (أحدهما) انه وطئها قبل ملكها (والثاني) انه وطئها قبل استبرائها ، وان كان الابن وطئها حرمت

للقصاص أو لغيره ، وللشافعي فيه قولان أحدهما مخوف والثاني ان جرح فهو مخوف وإلا فلا لانه صحيح البدن والظاهر العفو عنه . ولنا أن التهديد بالقتل جعل اكرها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الاحكام ، واذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى ، ولا عبرة بصحة البدن فان المرض لم يكن مثبتاً لهذا الحكم لعينه بل لخوف افضائه الى التلف فيثبت الحكم ههنا بطريق التنبيه لظهور التلف (اثنائه) اذا ركب البحر فان كان ساكناً فليس بمخوف وان اضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف ، وقد وصفهم الله تعالى بشدة الخوف فقال تعالى (هو الذي يسيركم في البر والبحر) الآية الى قوله (جاءتها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم) (الرابع) الاسير والمحبوس اذا كان من عاداتهم القتل فهو خائف عطيته من التلث وإلا فلا وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحمد ، قولي الشافعي وقال الحسن لما حبس الحجاج إياس بن معاوية ليس له من ماله إلا التلث وقال أبو بكر عطية الاسير من التلث ولم يفرق به قال الزهري والثوري واسحاق وحكام ابن المنذر عن أحمد وتأول القاضي ماروي وهو على ما ذكرناه من التفصيل ابتداء وقال الشافعي ومالك الغازي عطيته من التلث وقال مسروق إذا وضع رجله في الغرز وقال الاوزاعي المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل هو في ثلثه والصحيح ان شاء الله ما ذكرناه من التفصيل لان مجرد الحبس والامر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يحز الحاقه به واذا كان المريض الذي لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى (الخامسة) اذا وقع الطاعون ببلده فعن أحمد أنه مخوف ويحتمل أنه ليس بمخوف فانه ليس بمرض وإنما يخاف المرض

(فصل) وكذلك الحامل عند التحاض لانه يحصل لها ألم شديد يخاف منه التلف أشبهت سائر أصحاب الامراض الخوفة وما قبل ذلك فلا ألم بها فلا يكون مخزفاً ، وقال الحرقى وكذلك الحامل اذا صار لها ستة أشهر يعني عطيتها من التلث وبه قال مالك وقال اسحاق اذا ثقلت لا يجوز لها إلا التلث ولم

بوجه ثالث وهي انها صارت بمنزلة حليّة ابنه فان فعل فلا حد عليه لشبهة الملك فان النبي ﷺ أضاف مال الولد الى أبيه فقال « أنت ومالك لأبيك » وان ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لانه من وطء انتفى عنه الحد لشبهة وتصير أم ولد وليس للابن مطالبة بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهرها . وهل يعزر؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يعزر لانه وطئ وطأ محرماً أشبه بالوطئ جاربة مشتركة بينه وبين غيره (والثاني) لا يعزر لانه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله

(فصل) وليس لغير الاب الأخذ من مال غيره بغير اذنه لان الخبر ورد في الاب بقوله « أنت ومالك لأبيك » ولا يصح قياس غير الأب عليه لان الاب ولاية على ولده وماله اذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق تأكيد ولا يسقط ميراثه بحال والام لا تأخذ لانها لا ولاية لها والجد أيضاً لا يلي على مال ولد ابنه وشفقته قاصرة عن شفقة الاب ويوجب به في الميراث وفي ولاية النكاح وغيرها

يحد حداً وحكاه ابن المنذر عن أحمد وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة عطية الحامل من الثلث وقال أبو الخطاب عطيتها من المال كله ما لم يضربها الخاض فاذا ضربها الخاض فعطيتها من الثلث وبه قال النخعي ومكحول ويحيى الانصاري والاوزاعي والثوري والعمري وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي لانها لا تخاف إلا إذا ضربها الطاق فاشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش وقال الحسن والزهرى عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثاني للشافعي لان الغالب سلامتها ووجه قول الحرقي أن ستة الاشهر وقت يمكن الولادة فيه وهو من أسباب التلف، والصحيح ان شاء الله تعالى ما ذكرناه من أنه إذا ضربها الطلق كان خوقاً بخلاف ما قبل ذلك لانه لا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح وقيل عن أحمد ما يدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله لانه لا مرض بهم وقد ذكرنا الخلاف في ذلك

(فصل) فأما بعد الولادة فان بقيت المشيمة معها فهو مخوف وان مات الولد معها فهو مخوف لانه يصعب خروجه فان وضعت الولد وخرجت المشيمة فحصل ثم ورم أو ضرباً شديداً فهو مخوف وان لم يكن شيء من ذلك فقد روي عن أحمد في النفساء ان كانت ترمي الدم فعطيتها من الثلث فيحتمل أنه أراد بذلك اذا كان معه ألم للزومه ذلك في الغالب ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها إذا كانت ترمي الدم كانت كالمرضى وحكمها بعد السقط مثل حكمها بعد الولد التام فان اسقطت مضغة أو علقه فلا حكم لها إلا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف

(فصل) وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كآرش جنابته وجناية عبده وما عاوض عليه بثمن المثل وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافاً وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك النكاح بمهر المثل يجوز من رأس المال لانه صرف ماله في حاجة

من الاقارب والاجانب ليس لهم الاخذ بطريق التنبيه لانه اذا امتنع الاخذ في حق الام والجد مع مشاركتها للاب في بعض المعاني فقيرهما مما لا يشارك الاب في ذلك أولى

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد أن يرجع في هديته وإن لم يثب عليها)

يعني وان لم يموض عنها وأراد من عدا الاب لانه قد ذكر أن للاب الرجوع بقوله أمر برده فأما غيره فليس له الرجوع في هبته ولا هديته، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور . وقال النخعي والثوري واصحاق وأصحاب الرأي من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع مالم يثب عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، واحتجوا بما روى أبو هريرة قال

نفسه فقدم بذلك على وارثه وكذلك لو اشترى أمة للاستمتاع بها كثيرة الثمن بثمن مثلها أو اشترى من الاطعمة التي لا يأكل مثله مثلها جاز وصح شراؤه له لانه صرف ماله في حاجته وان كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين)

(فصل) فاما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وان لم يف بها فقيه وجهان (أحدهما) أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة لان حقهم تعلق بماله بمرضه فنهج تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولانه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يحز فكذلك اذا قضاها (والثاني) لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعي لانه أدى واجباً عليه فصح كما لو اشترى شيئاً فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فانه لو اشترى ثياباً مثمنة صح ولو وصى بتكفينه بثياب مثمنة لم يصح بحقق هذا أن إبقاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه وقد صح عقيب البيع فكذلك إذا تراخى إذ لا أثر لتراخيه

(فصل) وإذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه نص عليه أحمد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد الى الرق لان الحق ثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل اقراره فيما يبطل به حق غيره

﴿مسئلة﴾ (وان لم يف الثلث بالتبرعات المنجزة بدي بالاول فالاول سواء كان الاول غنة أو غيره) وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة الجميع سواء اذا كانت من جنس واحد وان كانت من أجناس وكانت المحاباة مقدمة قدمت وان تأخرت سوي بينها وبين العتق وانما كان كذلك لان المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة فقدمت اذا تقدمت كقضاء الدين واذا تساوى جنسها سوي بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم أو تأخر

قال رسول الله ﷺ « الرجل أحق بهبته مالم يثب منها » رواه ابن ماجه في سننه وبقول عمر ولا نه لم يحصل له عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية

ولنا قول النبي ﷺ « العائد في هبته كالعائد في قبته » وفي لفظ « كالكلب يعود في قبته » وفي رواية « انه ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قبته » يتفق عليه وأيضاً قول النبي ﷺ « ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطي ولده » وقد ذكرناه . وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان نبي الله ﷺ قال « لا يرجع واهب في هبته الا الوالد فيما يعطي ولده » ولانه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته كذي الرحم المحرم . وأحاديثنا أصح من أحاديثهم وأولى . وقول عمر قد زوي عن ابنه وابن عباس خلافه وأما العارية فانما هي هبة المنافع ولم يحصل قبض فيها فان قبضها باسئذائها فنظير مسئلتنا ما استوفى من منافع العارية فان لا يجوز الرجوع فيها

ولنا أنهما عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الأولى عارية عند أبي حنيفة أو عتقاً عند صاحبه ولان العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فاذا كانت خارجة من الثلث لزم في حق الورثة فلو شاركها اثنان لمنع ذلك لزومها في حق المعطي لانه يملك الرجوع في بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فانها غير لازمة في حقه وانما تلزم بالوت في حال واحدة فاستر يا لاستوائهما في حال لزومها بخلاف المنجزتين وما قاله في العارية لا يصح فانها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث

﴿مسئلة﴾ (وان تساوت قسم بين الجميع بالخص وعنه يقدم العتق) أما اذا وقعت دفعة واحدة بان وكل جماعة في هذه التبرعات فاقوموها دفعة واحدة فان كانت كلها عتقاً أفرعنا بينهم فكلنا العتق في بعضهم وان لم يكن فيها عتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم لأنهم تساوا في الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كفرماه المفلس وانما خواف هذا الاصل في العتق لحديث عمران بن حصين وسند ذكر ذلك في موضعه ، وان كان فيها عتق وغيره ففيه روايتان (احدهما) يقدم العتق لنا كده (والثانية) يسوى بين الكل لأنها حقوق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد لان استحقاقها حصل في حال واحدة

(فصل) إذا قال المريض اذا أعتقت سعداً فسميد حر ثم أعتق سعداً عتق سعيدان خرج من الثلث وان لم يخرج من الثلث الا أحدهما عتق سعد وحده ولم يفرع بينهما لوجهين (أحدهما) أن سعدا سبق بالعتق (والثاني) ان عتقه شرط لعتق سعيد فلو رق بمضه فأتى عتق سعيد أيضاً لفوات شرطه وان بقي من الثلث ما يعتق به بمض سعيد عتق تمام الثلث منه ، وان قال ان أعتقت سعداً فسميد وعمرو خزان ثم أعتق سعداً ولم يخرج من الثلث الا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وان خرج من الثلث اثنان أو واحد وبمض آخر عتق سعد وأفرع بين سعيد وعمرو فيما بقي من الثلث لان عتقهما في حال

(فصل) فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الانسان لذوي رحمه المحرم غير ولد. لارجوع فيه ، وكذلك ما وهب الزوج لامرأته والخلاف فيما عدا هؤلاء. فمئذنا لا يرجع الا لوالد وعندم لا يرجع الا الاجنبي ، فأما هبة المرأة لزوجها فنحن أحمد فيه روايتان (أحدهما) لارجوع لها فيها وهذا قول عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وهو قول عطاء وقتادة (والثانية) لها الرجوع . قال الاثرم سمعت أحمد يسئل عن المرأة تهيب ثم ترجع فأيتها يحمل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث «إنما يرجع في الموهوب النساء وشرار الاقوام ، وذكر حديث عمر : ان النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة وإما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتمره فهي أحق به رواء الاثرم بإسناده وهذا قول شريح والشعبي وحكام الزمري عن القضاة ، وعن أحمد رواية أخرى ثالثة نقلاً أبو طالب إذا وهبت له مهرها فإن كان سألها ذلك رده اليها رضى أو كرهت

واحدة وليس عتق أحدهما شرطاً في عتق الآخر، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أقرعنا بينهما لتكميل الحرية في أحدهما وحصول التشقيص في الآخر وإن قال ان أعتقت سعد أنس سعيد حر أو سعيد وعمر وحران في حال اعتاق سعداً فالحكم سواء لا يختلف لان عتق سعد شرط اعتقها فلو رق بعضه لفات شرط عتقها فوجب تقديمه فان كان الشرط في الصحة والاعتاق في المرض فالحكم على ما ذكرناه (فصل) فان قال ان تزوجت فبدي حر فزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فزيادة محابة تعتبر من الثلث فان لم يخرج من الثلث الا المحابة أو العبد قدمت المحابة لانها وجبت قبل العتق لكون الزوج شرطاً في العتق فقد سبقت العتق ويحتمل ان يتساويا لان الزوج سبب لثبوت المحابة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء، ثم هل يقدم العتق على المحابة؟ على روايتين وهذا فيما اذا ثبتت المحابة بأن لا يرث المرأة الزوج اما لوجود مانع من الارث أو لفارقه ايها في حياته اما بموتها أو طلاقها أو نحوه، فاما ان ورثته تبين ان المحابة لا تثبت لها الا باجازة الورثة فينبغي أن يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدماً وان قال أنت حر في حال تزويجي فزوج بأكثر من مهر المثل فعلى القول الاول يتساويان لان الزوج جعل حالة لا يقع العتق كما في عتق سعد وسعيد وبطلان المحابة لا يطل الزوج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال المذكور يكون العتق سابقاً لان المحابة انما تثبت بتمام الزوج والعتق قبل تمامه فيكون سابقاً على المحابة فيتقدم لهذا المعنى سيما اذا تأكد بقوته. وكونه غير وارث

(فصل) اذا أعتق المريض شقياً من عبد ثم أعتق شقياً من آخر ولم يخرج من الثلث الا العبد. الاول عتق وحده لانه يعتق حين تلفظه باعتاق بعضه وان خرج الاول وبعض الثاني عتق ذلك وان أعتق الشقطين مائاً فلم يخرج من الثلث الا الشقطان عتقا ورق باقي العبدان وان لم يخرج الا أحدهما أقرع بينهما وان خرج الشقطان وباقي أحد العبدين ففيه وجهان (أحدهما) تكميل العتق من أحدهما (المغني والشرح الكبير) (٣٨) (الجزء السادس)

لأنها لا تهب الا بخيانة غضبه أو اضرار بها بأن يتزوج عليها وإن لم يكن سألها وتبرعت به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسائلها أو غضبه عليها أو ما يبدل على خوفها منه فلها الرجوع لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها ونسبها وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى (فإن طبن لبيك عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً) وظاهر كلام الحرفي الرواية الأولى وهو اختيار أبي بكر لقول الله تعالى (إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وقول تعالى (فإن طبن لبيك عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً) وعموم الأحاديث الذي قدمناها

(فصل) ولا يجوز للمتصدق الرجوع في صدقته في قولهم جميعاً لأن عمر قال في حديثه . من وهب هبة على رجاء صدقة فإنه لا يرجع فيها مع عمر أحاديثاً فانفق دلائلهم ودلائلنا لذلك اتفق قولهم وقولنا

بالقرعة بينهما كما لو أعتق العبد فلم يخرج من الثلث الا أحدهما (وإثنائي) يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة لأنه أوقع عتقاً مشقصاً فلم يكمله بخلاف ما لو أعتق العبدين ولهذا إذا لم يخرج من الثلث الا الشقصان اعتقناهما بغير قرعة ولم نكملهما من أحدهما ولو وصى باعتاق النصيبين وإن يكمل عتقها من ثمنه ولم يخرج من الثلث الا النصيبان وقيمة باقي أحدهما أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه لأن الموصي أوصى بتكميل العتق فجري مجرى اعتاقها بخلاف التي قبلها

﴿ مسألة ﴾ (وأما معاوضة المريض بثلث من رأس المال وإن كانت مع وارث)
لأنه ليس بوصية لأن الوصية تبرع وليس هذا تبرعاً فاستوى فيه الوارث وغيره ويحتمل أن لا يصح لوارث لأنه خصه بعين المال أشبه ما لو حاباه

﴿ مسألة ﴾ (وإن حابى وارثه فقال القاضي يبطل في قدر ما حاباه ويصح فيما عداه)
مثل أن يبيع شيئاً بنصف ثمنه فله نصفه بجميع الثمن لأنه تبرع له بنصف الثمن فبطل النصرف فيما تبرع له به والمشتري الخيار لأن الصفقة تبعضت في حقه
﴿ مسألة ﴾ (فإن كان له شقيق فله أخذه فإن أخذه فلا خيار للمشتري) لزوال الضرر عنه لأنه لو فسخ البيع رجع بالثمن وقد حصل له الثمن من الشقيق

(فصل) فإن باع اجنبياً وحاباه لم يمنع ذلك صحة العقد عند الجمهور وقال أهل الظاهر يبطل العقد .

ولنا عموم قوله تعالى (وأحل الله البيع) ولأنه تصرف صدر من أهله في محله فصح كبير المريض فعلى هذا لو باع عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بشرة فقد حابى المشتري بثاني ماله وليس له الحاباة بأكثر من الثلث فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن ردوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت في حقه فإن اختار امضاء البيع فقال شيخنا عندي أنه يأخذ نصف المبيع بنصف

(فصل) والهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً سواء كانت من الإنسان لئله أو دونه أو أعلى منه وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي في الهبة لئله أو دونه كقولنا: فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان (أحدهما) أنها تقتضي الثواب وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه، ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها.

ولما أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثواباً كحبة المثل والوصية وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس، فإن عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا غوضاً أيهما أصاب عيباً لم يكن له الرد، وإن خرجت من متعة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له يبدلها فإن شرط في الهبة ثواباً معلوماً صح من عليه أحمد لأنه يملك عوض معلوم فهو كالبيع، وحكمها حكم البيع في ضمان الدرك أثبت الخيار والشفعة وبهذا قال أصحاب الرأي ولاصحاب الشافعي قول أنه لا يصح لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها، ولنا أنه تملك بمعرض فصح كما لو قال مملكتك هذا بدرهم فإنه لو أطلق التملك كان هبة

الثلث ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثلث كله وإلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسئلة لأنه يستحق الثلث بالحابة والثلث الآخر بالثلث وقال أهل العراق يقال له إن شئت أدبت عشرة أخرى وأخذت المبيع وإن شئت فسخت ولا شيء لك وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالحابة ويسميه أصحابه خلع الثلث

ولنا أن ما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعه فصح ذلك كما لو اشترى ساعتين بثمن فافسخ البيع في أحدهما لعيب أو غيره أو كما لو اشترى شقصاً وسيفاً فأخذ الشفيع الشقص أو كما لو اشترى قفيزاً يساوي ثلاثين بقفيز قيمته عشرة، وأما الوجه الثاني الذي اختاره القاضي فلا يصح لأنه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثلث كله فلا يصح كما لو قال بعتك هذا بمائة فقال قد قلت نصفه بها ولأنه إذا فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه بقدره من ثمنه ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه، وأما قول أهل العراق فإن فيه اجباراً للورثة على المفاوضة على غير الوجه الذي عاوض موروثهم، وأما قول مالك فلا يصح لأنه إذا فسخ البيع لم يستحق شيئاً لأن الحابة إنما حصلت في ضمن البيع فإذا بطل البيع بطلت كما لو وصى لرجل بعينه أن يبيع عنه بمائة وأجر المثل خمسون فطلب الحسنيين الفاضلة بدون الحج وإن اشترى عبداً يساوي عشرة بثلاثين فإنه يأخذ نصفها بنصفها وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز البيع في ثلثيه بثلثي الثمن في قول شيخنا وعلى قول القاضي للمشتري خمسة أسداسه بكل الثمن، وطريق هذا أن ينسب الثمن وثلث المبيع إلى قيمته فيصح البيع في مقدار تلك النسبة وهو خمسة أسداسه وعلى الوجه الأول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث إلى الباقي فيصح البيع في

وإذا ذكر العوض صار بيعاً . قال أبو الخطاب وقد روي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به ، فاما أن شرط ثواباً مجهولاً لم يصح ففسدت الهبة وحكمها حكم البيع الفاسد بردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنه نية ملك الواهب وإن كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور، وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنها تصبح فإذا أعطاه عنها عوضاً رضي به لزم العقد بذلك فإنه قال في رواية محمد بن الحسك إذا قال الواهب هذا لك على أن تبيني فله أن يرجع إذا لم يشبهه لأنه شرط ، وقال في رواية اسماعيل بن سعيد إذا وهب له على وجه الاتابة فلا يجوز إلا أن يشبهه عنها ، فلهي هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه فإن لم يفعل فللواهب الرجوع وبمحتمل أن يعطيه قدر قيمتها ، والاول أصح لأن هذا بيع فيعتبر فيه التراضي إلا أنه بيع بالمعاطة فاذا عوضه عوضاً رضي به حصل البيع بها حصل من المعاطاة مع التراضي بها وإن لم يحصل التراضي لم يصح لعدم العقد فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعطاة مع التراضي ، والاصل في هذا قول عمر رضي الله عنه من وهب

قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثأني الثمن فإن خلف البائع عشرة أخرى فعلى الوجه الاول يصح في ثمانية أنساعه بثمانية أنساع الثمن وعلى الوجه الثاني يأخذ المشتري نصفه وأربعة أنساعه بجميع الثمن ﴿مسئلة﴾ (وإن باع المريض اجنبياً وحبابه وكان شفيعه وارثاً فله الاخذ بالشفعة)

لأن الحاباة لنيره يعني إذا باع شقصاً تجب فيه الشفعة لأن الحاباة إنما وقعت للاجنبي فأشبهه ماله وصى لغريم وارثه ويحتمل أن لا يملك الوارث الشفعة ههنا لافضائه الى جبل سبيل للانسان الى اثبات حق وارثه في الحاباة وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه في الشفعة

﴿مسئلة﴾ (ويمتد الثالث عند الموت لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها وتثبت له ولاية القبول والرد فلو أعتق عبداً لا يملك غيره ثم ملك مالا يخرج من ثلثه تبيناً أنه عتق كله لخروجه من الثالث عند الموت وإن صار عليه دين يستترقه لم يترق منه شيء لأن الدين يقدم على الوصية لما روي عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ويحتمل أن يعتق ثلثه لأن تصرف المريض في الثلث كتصرف الصحيح في الجميع

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وتفرق العطية الوصية في أربعة أشياء (أحدها) انه يبدأ بالاول فلاول منها والوصايا يسوى بين المتقدم والمتأخر منها) أما العطايا فقد ذكرنا حكمها والخلاف فيها ، وأما الوصايا فأنها تبرع بعد الموت فتؤخذ دفعة واحدة ولذلك استوى فيها المتقدم والمتأخر ، (الثاني) انه لا يجوز الرجوع في العطية بخلاف الوصية لأن العطية تقع لازمة في حق المعطي تنتقل إلى المعطي في الحياة إذا اتصل بها القبول والقبض وإن كثرت فلم يكن له الرجوع فيها كالمهبة وإنما منع المريض من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة لا لحقه فلم يملك إجازتها ولا ردها بخلاف الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية فهي كالمهبة قبل القبول ،

هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها . وروي معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد ومالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثوابا وقد روى أبو هريرة أن اعرابيا وهب للنبي ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كملت تسعا قال رضيت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لقد هممت أن لأتعب الامن قرشي أو أنصاري أو ثقي أو دومي » من المسند ، قال أحمد اذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ولم يثب منها فلا أرى عليه نقصان مانقص عنده اذا رده الى صاحبه الا أن يكون ثوبا لبسه أو

(الثالث) أنه يعتبر قبوله للعطية عند وجودها وينتقر إلى شروط الهبة المذكورة لانها هبة منجزة فاعتبر لها القبول عند وجودها كعطية الصحيح بخلاف الوصية فإنه لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت على ما يأتي (فصل) والعطية تقدم على الوصية وهو قول الشافعي وجهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا في العتق فإنه حكى عنهم تقديمه لان العتق يتعلق به حق الله تعالى وبسري وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه . ولنا ان العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة أو قدمت على العتق كعطية الصحة

(الرابع) ان الملك يثبت في العطية من حينها ويكون مراعى فاذا خرج من الثلث عند الموت تبين ان الملك كان ثابتا من حينه لان العطية في المرض تملك في الحال لانها إن كانت هبة فقتضاها تملكه المارهب في الحال ولهذا يعتبر قبولها في المجلس كما لو كانت في الصحة ، وكذلك إن كانت محاباة أو اعتاقا وأما كونها مراعاة فلا نألا نعلم هل هذا مرض الموت أو لا ولا نعلم هل يستفيد مالا أو يتاف شيء من ماله أو لا فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره فنعمل عليها فاذا انكشف الحال علمنا حينئذ ما ثبت حال العقد ، ومثل ذلك ما لو أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فانا لا ندرى هل يسلم الثاني أم لا فنقف الامر حتى تنقضي العدة فان أسلم الآخر في العدة تبين ان النكاح كان صحيحا باقيا وإن انقضت العدة قبل اسلامه تبين ان النكاح انفسخ من حين اختلاف دينهما

(مسئلة) (فلو أعتق في مرضه عبدا أو وهبه لانسان ثم كسب في حياة سيده شيئا ثم مات سيده فخرج من الثالث كان كسبه له إن كان معنقا والموهوب إن كان موهوبا ، وإن خرج بهضه فلها من كسبه بقدر ذلك)

اذا أعتق عبدا لا مال له سواء فكسب مثل قيمته قبل موت سيده فلا عبد من كسبه بقدر ما عتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد ويزداد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه فيدخل الدور فيستخرج ذلك بالخبر فيقال عتق من العبد شيء وله من كسبه شيء لان كسبه مثله وللورثة من العبد شيان لان لهم مثلي ما عتق منه وقد عتق منه شيء ولا يحسب على العبد ما حصل له من كسبه لانه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده فصار للعبد شيان

غلاما استعمله أو جارية استخدمها فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه

(مسئلة) قال (وإذا قال داري لك عمرى أو هي لك عمرك فهي له ولورثته من بعده)

العمرى والرقي نوعان من الهبة يفترقان الى ما يفترقا اليه سائر الهبات من الايجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره، وصورة العمرى أن يقول الرجل أعمرك داري هذه أو هي لك عمرى أو ماعشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا، سميت عمرى لتييدها بالعمر، والرقي أن

ولورثة شيان من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين فيعتق منه نصفه وله نصف كسبه ولورثة نصفهما، وإن كسب مثلي قيمته فله من كسبه شيان صار له ثلاثة أشياء ولهم شيان فيقسم العبد وكسبه أخماسا يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه ولورثة خمساه وخمس كسبه وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته فله من كسبه ثلاثة أشياء مع ماعتق منه ولورثة شيان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه ولورثة ثلثهما، وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله من كسبه نصف شيء ولهم شيان فالجميع ثلاثة أشياء ونصف شيء فإذا بسطها انصافا صارت سبعة فله ثلاثة أسباعا فيعتق منه ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي للورثة وذلك مثلا ماعتق منه

(مسئلة) (وإن كان موهوبا لانسان فلا وهو ب له من العبد بقدر ماعتق منه وله من كسبه بقدر ذلك) فإن كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئا فقد عتق منه مائة وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شيء فيعتق منه مائة جزء وتبعة أجزاء من ثلثائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من كسبه، فإن كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا في الدين ولم يعتق منه شيء لان الدين مقدم على التبرع وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفا في العبد وكسبه ما يقضى به الدين وما بقي منهما يقسم على ما يمل في العبد الكامل وكسبه، فعلى هذا لو كان على الميت دين بقيمة العبد صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين وكذلك بقية الكسب، فإن كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال بقدر الكسب قسمت العبد ومثل قيمته على الأشياء الاربعة لكل شيء ثلاثة أرباع فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه (فصل) (وإن أعتق عبدا قيمته عشرون ثم أعتق عبدا قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته أكلت الحرية في العبد الاول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء ولورثة شيان ويقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الاربعة لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي للورثة، وإن بدأ بعتق الأدنى عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه

يقول أربعتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك ان مت قبلى عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك فكأنه يقول هي لاخرنا موتا وبذلك سميت رقبى لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وكلاهما جائز في قول أكثر أهل العلم، وحكى عن بعضهم أنها لا تصح لان النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تعمروا ولا ترقبوا »

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « العمرى جائزة لاهلها والرقى جائزة لاهلها »
رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، فاما النهي فلما ورد على سبيل الاعلام لهم انكم إن أعمرتم أو أرقبتم بعد للمعمر والمرقب ولم يعد اليكم منه شيء . وسياق الحديث يدل عليه فانه قال « فمن

بينهما نصفين فيعتق ربه، وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه وذلك مثلاً ما عتق منهما ، وإن أعتق العبدین دفعة واحدة أفرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية فهو كما لو بدأ باعتاقه (فصل) فان أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة أحدهم وكسب أحدهم مثل قيمته أفرعنا بينهم لاخراج الدين ، فان وقعت على غير المكاتب عتق كله والمكاتب وماله للورثة وإن وقعت قرعة الحرية على المكاتب عتق منه ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه وباقيه وبقي كسبه والعبد الآخر للورثة كما قلنا فيما اذا كان لسيده مال بقدر قيمته ، ولو وقعت قرعة للدين ابتداء على المكاتب لقصينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم أفرعنا بين باقيه وبين العبدین الآخرين في الحرية فان وقعت على غيره عتق كله وللورثة ما بقي ، فان وقعت على المكاتب عتق باقيه وأخذنا بقي كسبه ثم يفرع بين العبدین لاتمام الثلث فمن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه ويبقى ثلثاه والعبد الآخر للورثة (فصل) رجل أعتق عبدین مائة مائة اربعة بكلمة واحدة لا مال له غيرهما ثم مات أحدهما في حياته أفرع بين الحي والميت ، فان وقعت على الميت فالحي رقيق وتبين ان الميت نصفه حر لأن مع الورثة مثلي نصفه ، وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة لانه لم يصل اليهم

(فصل) رجل أعتق عبداً لا مال له سواء قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي لسيده بالولاء وتبين انه مات حراً ، وكذلك إن خلف أربعين وبنات وإن خلف عشرة عتق منه شيء وله من كسبه شيء . ولسيده شيان وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل ستين فتبين ان نصفه حر وباقيه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء ، فان خلف العبد ابناً فله من رقبته شيء ومن كسبه شيء لابنه بالميراث ولسيده شيان فتقسم العشرة على ثلاثة للأبن ثلثها وللسيد ثلثها وتبين انه عتق من العبد ثلثه ، وإن خلف بنتاً فله نصف شيء . وللسيد شيان فصارت العشرة على خمسة ، فبنت خمسة وللسيد أربعة أخماسها تعدل ستين فتبين ان خمسي العبد مات حراً ، وإن خلف العبد عشرين وابناً فله من كسبه شيان يكونان لابنه ولسيده شيان فصارت العشرون بين السيد وبين ابنة نصفين وتبين انه عتق منه نصفه فان مات الابن قبل موت السيد كان ابن معتقة

أمر عمرى فهي لمن أعرها حيا وميتا وعقبه ، ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها فان النهي إنما يمنع صحة ما يفيد النهي عنه فائدة ، أما اذا كان صحة النهي عنه ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كاطلاق في زمن الحيض وصحة العمرى ضرر على المعمر فان ملكه يزول بغير عرض ، اذا ثبت هذا فان العمرى تنقل الملك الى المعمر وبهذا قال جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشریح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن علي

وقال مالك والليث العمرى تملك المنافع لا تملك بهارقة المعمر بحال ويكره للمعمر السكنى فاذا مات عادت الى المعمر ، وإن قال له ولعقبه كان سكنها لهم فاذا انقرضوا عادت الى المعمر

ورثه السيد لاننا تنينا أن أباه مات حراً ليكون السيد ملك عشرين وهي مثلاً قيمته فعنق وجراً ولاء ابنه الى سيده فورثه ، وإن لم يكن الابن ابن معتقة لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه ، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه شيئاً أو ملك السيد عشرين من أبي جهة كانت وإن لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن اليه لأن الأب لم يعتق ، وإن عتق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره ، فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فانك تقول عتق من العبد شيء ويجر من ولاء ابنه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسة وهما بمدلان شيئين وباقي العشرة اولى أمه فيقسم بين السيد وبين مولى الأم نصفين وتبين أنه قد عتق من العبد نصفه ويحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلاً ما عتق من العبد ، فان مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالا وحكمنا بعنق الأب أو عتق بعضه ورث مال أبيه إن كان حراً أو بقدر ما فيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئاً ، وفي هذه المسائل خلاف تركها ذكره مخافة التطويل (مسئلة) (وان أعتق جارية لا مال له غيرها ثم وطئها ومهر مائتها نصف قيمتها فهو كما لو كسبت نصف قيمتها) يعتق منها ثلاثة أسباعها وقد ذكرناه

(فصل) وان وهبها مريضاً آخر لا مال له غيرها ثم وهبها الثاني للاول وماتا جميعاً فنقول صححت هبة الاول في شيء وعاد اليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الثاني ثلثا شيء ولورثة الاول شيئان فاضربها في ثلثه لزوال الكسر يكن ثمانية أشياء تعدل الامة الموهوبة فلورثة الواهب الاول ثلاثة أرباعها ستة ولورثة الثاني ربعها شيئان وان شئت قلت المسئلة من ثلاثة لان الهبة صححت في ثلث الماله وهبة الثاني صححت في ثلث الثلث فتكون من ثلاثة اضرها في أصل المسئلة تكن تسعة أسقط السهم الذي صححت فيه الهبة اثنان لاتا لو رددناه على الاول لوجب رده على جميع السهام الباقية إذ يلزم من زيادة الباقي للواهب الاول زيادة الجزء الذي صححت فيه الهبة الاولى فيسقط كما يسقط الباقي في مسئلة الرد إذ العلة في إسقاطه ثم اتا لو رددناه لرددناه على جميع السهام بالسوية فاذا أسقطنا ذكره عاد على جميع السهام كذلك ههنا اذا أسقطنا هذا السهم بقيت المسئلة من ثمانية كما ذكرنا

واحتجا بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال : سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد عن العمري ما يقول الناس فيها ؟ فقال القاسم ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا ، وقال ابراهيم بن اسحاق الحربي عن ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمري والرقبي والافقار والابخال والمنحة والعربة والعاربة والسكنى والاطراق انها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ولان التملك لا يتأقت كما لو باعه الى مدة فاذا كان لا يتأقت حمل قوله على تملك المنافع لانه يصح توقيته

ولنا ما روى جابر قال : قال النبي ﷺ « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فانه من أمر

(فصول في هبة المريض)

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتاً فقد صحت الهبة في شيء والباقي للواهب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صار معه مائة الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساً ذلك رجع الى الواهب نصفها عشرون صار معه ثمانون وبقي لورثة الموهوب له عشرون وطريقها بالبالب ان يأخذ عدداً لثلثه نصف وهو ستة فيأخذ ثلثه اثنين ويلقى نصفه سهماً يبقى سهم فهو للموهوب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة بينهما على خمسة والسهم الذي أسقطته لا يذكر لانه يرجع على جميع السهام الباقية بالتسوية فيجب اطراحه كالسهم الفاضلة عن الفروض في مسألة الرد ولو ترك ابنتين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سهماً يبقى سهمان فهي التي تبقى لورثة الموهوب له وتبقى ستة للواهب وهي مثلاً ما جازت الهبة فيه وان خلف امرأة وبنتاً فستلثها من ثمانية فضرها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين يسقط منها الثلاثة التي ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهي المال ويأخذ ثلث الاربعة والعشرين وهي ثمانية يلغى منها الثلاثة يبقى خمسة في الباقية لورثة الموهوب له والباقي للواهب فتقسم المائة على هذه السهام

(فصل) وان وهب رجلاً جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة في شيء وسقط عنه من مهرها ثلث شيء وبقي للواهب أربعون الا شيئاً وثلثاً يعدل شيئين أجبر وقائل يخرج الشيء خمس ذلك وعشرة وهو اثنا عشر وذلك خمساً الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للوارث ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها وهو ستة ولو كان الواطئ أجنياً فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماس للواهب وخمساه للموهوب له الا أن تعود الهبة فيما زاد على الثلث منها موقوف على حصول المهر من الواطئ فان لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها وكلما حصل من شيء تقذت الهبة في الزيادة بقدر

عمري فهي لذي أمرها حيا وميتا ولعقبه « رواه مسلم . وفي لفظ قضى رسول الله ﷺ بالعمري لمن وهبت له « متفق عليه . وروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لا رقي فن أقرب شيئا فهو له حياته وموته » وعن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ جعل العمري لا وارث وقد روى مالك حديث العمري في موطنه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين ولا يصح أن يدعي اجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بامر عبد الملك بن مروان وقول ابن الاعرابي أنها عند العرب تمايك المنافع لا يضر

ثلاثة فان وطئها الواهب فعلها من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون إلا شيئا وثلاثا يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطيء وعليه عقر الذي جازت الهبة فيه ثلاثة فان أخذ من الجارية بقدرها صار له خمسها

(فصل) وان وهب مريض عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قيل للموهوب له اما أن تقديه واما أن تسلمه فان اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لا تنقاص الهبة وذلك لان العبد كله قد صار الى ورثة الواهب وهو مثلا نصفه فبين ان الهبة جازت في نصفه فان اختار فداء ففيه روايتان احدهما يقديه باقل الامرين من قيمة نصيبه فيه اوراش جنايته والاخرى يقديه بقدر ذلك من ارش جنايته بالغة ما بلغت فان كانت قيمته دية فانك تقول صحت الهبة في شيء ويدفع اليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فبين ان الشيء نصف العبد وان كانت قيمته ديتين واختار دفعه فان الهبة تجوز في شيء ويدفع اليهم نصفه يبقى معهم عبد الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساه ويرد اليهم ثلاثة اخماسه لا تنقاص الهبة وخمسا من اجل جنايته فيصير لهم اربعة اخماسه وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه وان اختار فداءه فداء بخمسي الدية او اقل وقلنا يقديه بأرش جنايته نفذت الهبة في جميعه لان ارشها أكثر من مثلي قيمته وان كانت قيمته ثلاثة اخماس الدية فاختار فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويقديه بشيء وثلثين فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء يعدل شيئين فالشيء يعدل ثلاثة ارباع فتصح الهبة في ثلاثة ارباع العبد ويرجع الى الواهب ربعه مائة وخمسون وثلاثة ارباع الدية سبعمائة وخمسون صارا لجميع تسعمائة وهو مثلا ما صحت الهبة فيه فان ترك الواهب مائة دينار فاضمها الى قيمة العبد فان دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لا تنقاص الهبة فيصير للورثة العبد والمائة وذلك ما جازت الهبة فيه وان اختار الفداء فقد علمت انه يقدي ثلاثة ارباعه اذا لم يترك شيئا فزد على ذلك ثلاثة ارباع المائة يصير ذلك سبعة اثمان العبد فيفديه سبعة اثمان الدية (فصل) في إعتاق المريض : مريض أعق عبداً لا مال سواء قيمته مائة فقطع أصبع سيده خطأ فانه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته وبصير للسيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ما عتق منه وأوجبت

إذا قلها الشرع الى تملك الرقة كما نقل الصلاة من الدعاء الى الافعال المنظومة ، ونقل الظهار والايلاء من الطلاق الى أحكام مخصوصة قولهم ان التملك لا ينافى قلنا فذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تملكاً مطلقاً

(فصل) إذا شرط في العمرى أنها للعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للعمر وورثته وهذا قول جميع القائلين بها وإذا أطلقها فهي للعمر وورثته أيضاً لأنها تملك للرقة فأشبهت الهبة فان شرط انك إذا مت فهي لي فمن أهدر وأبتان (إحداهما) صحة العقد والشرط ومتى مات الم عمر رجعت إلى الم عمر وبه قال القاسم بن محمد وزيد بن قسيط والزهرى ومالك وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب ومالك وأبي ثور وداود وهو أحد

نصف قيمته عليه لأن عليه من أرض جنايته بقدر ما عتق منه وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه شيء للسيد فصار مع السيد عبد إلا شيئاً وشيء يعدل شيئاً فأسقط بشيء بقي ماله من العبد يعدل شيئاً مثل ما عتق منه ، وإن كانت قيمة العبد مائتين عتق خمسه لأنه يعتق منه شيء وعليه نصف شيء للسيد فصار للسيد نصف شيء وبقي العبد تعدل شيئاً فتكون بقية العبد تعدل شيئاً ونصفاً وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عتق خمسه ، وإن كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لأنه يلزمه مائة وهي مثله أو أكثر ، وإن كانت قيمته شيئاً قلنا عتق منه شيء وعليه شيء وثلاثاً شيء للسيد مع بقية العبد تعدل شيئاً فبقية العبد إذا ثلث شيء فيعتق منه ثلاثة أرباعه وعلى هذا القياس إلا أن ما زاد من العتق على الثلث ينبغي أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة كما إذا مذهب عبداً وله دين في ذمة غريم له فكلمنا اقضى من القيمة شيئاً عتق من الموقوف بقدر ثلثه

(فصل) فإن أعتق عبدين دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الأدنى على الأرفع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في جناية السيد ثم مات أقرعنا بين العبدین فإن وقعت على الجاني عتق منه أربعة أخماسه وعليه من أرض الجناية مثل ذلك وبقي لورثة سيده خمسة وأرش جنايته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلاً ما عتق منه وحسابها أن تقول عتق منه شيء وعليه نصف شيء لأن جنايته بقدر نصف قيمته بقي للسيد نصف شيء وبقي العبد تعدل شيئاً فعلت أن بقية العبد تعدل شيئاً ونصفاً فإذا أضفت إلى ذلك الشيء الذي عتق صاراً جميعاً يعدل شيئاً وشيئين ونصفاً ، فالشيء الكامل خمسهما وذلك أربعة أخماس أحدهما ، وإن وقعت قرعة الحرية على المجنى عليه عتق ثلثه وله ثلث أرض جنايته يتعلق برقة الجاني وذلك تسع الدية لأن الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق ، والواجب من الأرض يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيد مال سواه فيعتق ثلثه ويرق ثلثه فإن أعتق عبدين قيمة أحدهما خمسون والآخر قيمته ثلاثون فجنى الأدنى على الأرفع نقصته حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينهما فإن خرجت القرعة للأدنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء فبعد الجهر تبين أن العبدین شيئان وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانهما وقيمتها

قولي الشافعي لما روى جابر قال : انما العمرة التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك ، فأما إذا قال هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها . متفق عليه . وروى مالك في موطنه عن جابر أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل أعر عمرى له ولعقبه فإنها لذى أعطيتها لا ترجع إلى الذي أعطاه » لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث . وقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم (والرواية الثانية) أنها تكون للمعمر ولورثته . ويسقط الشرط وهذا قول الشافعي الجديد وقول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب للأحاديث المطالعة التي

سبعون وثلاثة أمانهما ستة وعشرون وربع وهي من الأدنى نصفه وربعه ونعنه ، وان وتمت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجنابة أكثر من قيمة الجنابة فيأخذها أو يفديه المعتق وقد ثبتت فروع كثيرة وفيما ذكرنا ما يستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبد من أجل وجوب الارش للسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الارش كما ذكرنا من قبل والله أعلم

(مسألة) (وان باع مريض قفيزاً لا يملك غيره يساري ثلاثين بقفيز يساري عشرة

وهما جنس واحد فيحتاج الى تصحيح البيع في جزء منه مع التخليص من الزبا لكونه يحرم التفاضل بينهما فالطريق في ذلك أن يسقط قيمة الردي من قيمة الجيد ثم ينسب الثلث إلى ما بقي وهو عشرة من عشرين وذلك نصفها فيصح البيع في نصف الجيد بنصف الردي . ويبطل فيما بقي (وطريق الجبر أن تقول يصح البيع في شيء من الرفع بشيء من الأدنى وقيمه ثلث شيء فتكون المحابة بثلثي شيء ألقها من الرفع يبقى قفيز الا ثلثي شيء . يعدل مثلي المحابة وذلك شيء . وثالث فإذا جبر به عدل شيئين والشئ نصف القفيز فان كانت قيمة الأدنى خمسة عشر فإذا أسقطت قيمة الردي من قيمة الجيد يبقى خمسة عشر اذا نسبت اليهما الثلث يكن ثلثها فيصح البيع في ثلثي الجيد بثلثي الردي . فحصلت المحابة بعشرة وذلك ثلث المال . فان كان الأدنى يساوي عشرين صحت في جميع الجيد بجميع الردي .

(مسألة) (وان أصدق امرأة عشرة في مرضه لا مال له غيرها)

وصداق مثلها خمسة ثم ماتت قبله ومات بعدها ولا مال لها سوى ما أصدقها ادخلها الدور فنقول لها خمسة بالصداق وشئ بالمحابة ويبقى لورثة الزوج خمسة الاشياء ورجع اليهم بموتها نصف ذلك وهو اثنان ونصف ونصف شيء . صار لهم سبعة ونصف الا نصف شيء . يعدل شيئين أجبرها بنصف شيء . وقابل فزد على الشيئين نصف شيء . يبقى سبعة ونصف تعدل شيئين ونصفاً فالشئ ثلاثة فلورثته ستة ولورثتها أربعة لأنها كان لها خمسة وشئ . وذلك ثمانية رجع الى ورثته نصفها وهي أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة على ما ذكرنا فان ترك الزوج خمسة أخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصف شيء . تعدل شيئين فالشئ خمسة فجازت لها المحابة جميعها ورجع جميع ما حاباها به إلى ورثة

ذكرناها وقول رسول الله ﷺ « لا رقبي فن أرقب شينافو له في حياته وموته » وقال مجاهد الرقبي أن يقول هي للآخر مني ومنك موتا

وروى الامام أحمد بإسناده عن النبي ﷺ انه قال « لا عمرى ولا رقبي فن أعر شينا أو أرقبه فهو له حياته وموته » وهذا صريح في إبطال الشرط لان الرقبي يشترط فيها عودها الى المرقب ان مات الآخر قبله . وأما حديثهم الذي احتجوا به فن قول جابر نفسه وأما نقل لفظ النبي ﷺ قال « أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فانه من أعر عمرى فهي للذي أعرها حيا وميتا ولعقبه » ولأننا لو أجرنا هذا الشرط كانت هبة مؤقنة والهبة لا يجوز فيها التأقيت ولم يفسدها الشرط لانه

الزوج وبقي لورثتها صداق مثلها فان كان للمرأة خمسة ولم يكن لزوج شيء قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة إلا نصف شيء . يعدل شيئين فالشيء أربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمستها أربعة عشر رجع إلى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة ، وان كان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع ورثة الزوج ستة إلا نصف شيء . يعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان والباب في هذا أن ينظر ما يبقى في يد ورثة الزوج فخمسة هو الشيء الذي صححت المحابة فيه وذلك لانه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفا ، والشيء هو خمساها ، وان شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما بقي

(مسألة) (وان مات قبلها ورثته وحفظت المحابة)

لان حكمها في المرض حكم الوصية في أنها لا تصح لو ارث وعنه تعتبر المحابة من الثلث لأنها محابة لمن تجوز له الصدقة عليه فاعتبرت من الثلث كمحابة الاجنبي الا أن أبا بكر قال هذا قول قديم رجع عنه (فصل) قال الشيخ رضي الله عنه ولو ملك ابن عمه فأقر في مرضه انه أعتقه في صحته وهو وارثه عتق ولم يرث ذكره ابو الخطاب لانه لو ورثه كان اقراره لو ارث فيبطل عتقه لانه مرتب على صحة الاقرار ولا يصح الاقرار لو ارث واذا بطل عتقه سقط الارث فعلى هذا ثبت الحرية ولا يرث لان تورثه يفضي إلى اسقاط تورثه ويحتمل أن يرث لانه حين الاقرار لم يكن وارثا فوجب أن يرث كما لو لم يصبر وارثا وعلى قياس ذلك لو اشترى داره المحرم في مرضه وهو وارثه أو وصى له به أو وهب له قبله في مرضه فالحكم في ذلك كالمسئلة قبلها سواء لما ذكرنا وذكر شيخنا أنه إذا ملكه بغير عوض كالهبة والميراث انه يعتق ويرث المريض إذا مات وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يعتق ولا يرث كما قال ابو الخطاب لان عتقه وصية فلا تجتمع مع الميراث وهذا لا يصح لانه لو كان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشترى وجعل أهل العراق عتق الموهوب وصية يعتبر خروجه من الثلث ، وان خرج من الثلث ، عتق وورث ، وان لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحتمل بقيته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه

ليس بشرط على المعمر وإنما شرط ذلك على ورثته ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه وأما قوله في الحديث الآخر أنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبي ذئب وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي ﷺ أنه قضى فيمن أهرى هري له ولعقبه فهي له بثلة لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مشنوبة . قال أبو سلمة لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث

(فصل) والرقي هي أن يقول هذا لك عمرك فان مت قبلي رجع إلي وإن مت قبلك فهو لك ومعناه هي لا آخرنا موتا وكذلك فسرهما مجاهد سميت رقي لان كل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، وقد

ولنا أن الوصية هي التبرع بعطية أو اتلاف أو السبب إلى ذلك ولم يوجد واحدا منهما لان العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره ، وقبول الهبة ليس بعطية ولا اتلاف لماله إنما هو تحصيل لشيء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه في وقت لا يمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فانه تضيم لماله في ثمنه قال القاضي هذا المذكور قياس قول احمد لانه قال في مواضع اذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم تكن وصية لان الوقف ليس بمال لانه لا يباع ولا يورث قال الخبري هذا قول احمد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن احمد خلافه فاما ان اشترى من يعتق عليه فقال القاضي ان حمله الثلث عتق وورثه وهذا قول مالك وأبي حنيفة ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ما فيه من الحرية وباقيه على الرق فان كان الوارث ممن يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اذا ورثه ، وقال ابو يوسف ومحمد لا وصية لوارث ويحتسب بقيمته من ميراثه وان فضل من قيمته شيء سعي فيه ، وقال بعض أصحاب مالك يعتق من رأس المال ويرث كالوهاب والموروث وهو قياس قول احمد لكونه لم يجعل الوقف وصية واجازه لوارث فهذا أولى لان العبد لا يملك رقبته فيجعل ذلك وصية له ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له لانه لم يصل اليه ولا وصية لبايع لانه قد عاوض عنه وإنما هو كبناء مسجد وقنطرة في أنه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنع ذلك الميراث واختلاف أصحاب الشافعي في قياس قوله فقال بعضهم إذا حمله الثلث عتق وورث لان عتقه ليس بوصية له على ما ذكرنا ، وقيل يعتق ولا يرث لانه لو ورث لصارت وصية لوارثه فتبطل وصيته ويبطل عتقه وارثه فيفضي توريثه الى إبطال توريثه فكان إبطال توريثه أولى ، وقيل على مذهبه شراؤه باطل لان ثمنه وصية والوصية يقف خروجها من الثلث أو اجازة الورثة ، والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفا ، ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنة فقبله بقيمته مائة وخلف مائتي درهم وابنا آخر فانه يعتق وله مائة ولاخيه مائة وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ، وقيل على قول الشافعي لا يرث والمشتان كلها للابن الآخر ، وقال ابو يوسف ومحمد يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصفه الباقي من ميراثه ، وإن كانت قيمته مائتين وبقية التركة مائة عتق من رأس المال والمائة

روى عن أحمد أنه قال : هي أن يقول هي لك حياتك فاذا مت فهي لفلان أو هي راجعة إلى والحكم فيها على ما تقدم ذكره . وانها كالعمرى إذا شرط عودها إلى المعمر ، وقال على رضي الله عنه العمرى والرقبي سواء . وقال طاوس من أقرب شيئا فهو على سبيل الميراث ، وقال الزهري الرقبي وصية يعني أن معناها اذا مت فهذا لك ، وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة الرقبي باطلة لما روي أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبي ولأن معناها أنها للأخر منا وهذا تملك معلق بخاطر ، ولا يجوز تعليق التملك بالخطأ .

بينه وبين أخيه بهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يعتق منه نصفه لأنه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقية ولا يرث لأن المستسعى عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة مواضع الرجل يعتق أمته على أن تزوجه ، والمرأة تعتق عبدا على أن يتزوجها فيأيان ذلك ، والعبد المرهون يعتقه سيده والمشتري للعبد نصفه قبل قبضه وهما معسران ففي هذه المواضع يسمى كل واحد في قيمته وهو حر يرث وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسعى في ربع قيمته لأخيه فان وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال لساواه ولا وارث عتق من رأس المال وهذا قول مالك وإن كان اشتراهن فكذلك فيأذكره الخبري عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة وبه قال أصحاب مالك وعلى قول القاضي يعتق ثلثهن في أحد الوجهين وهو قول مالك وفي الآخر يعتقن كلهن لكون وصية من لا وارث له جائزة في جميع ماله في أصح الروايتين ، وإن ترك مالا يخرج من ثلثه عتقن وورثن ، وقال أبو حنيفة إذا اشتراهن أو وهبن له ولا مال لساواه ولا وارث عتقن وتسمى كل واحدة من الأخت للاب والأخت من الأم في نصف قيمتها للأخت للابوين وإن لم يرثا لأنهما لو ورثتا لكان لهما خمس وذلك رغبة وخمس بينهما نصفين فكان يبقى عليها سعاية وإذا بقيت عليها سعاية لم يرثا وكانت لهما الوصية وهي رغبة بينهما نصفين وأما الأخت للابوين فاذا ورثت عتقت لأن لهما ثلاثة أخماس الرقاب وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها وقال أبو يوسف ومحمد يعتقن وتسمى كل واحدة من الأخت للاب والأخت للأم والأخت من الأختين في خمس قيمتها لأن كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رغبة وعلى قول الشافعي لا يعتقن

(فصل) وإذا اشتري المريض أباه بالف لا مال له سواء ثم مات وخلف ابناً فعلى القول الذي حكاه الخبري يعتق كله على المريض وله ولاؤه وعلى قول القاضي يعتق ثلثه بالوصية ويعتق الباقي على الابن لأنه جده ويكون ثلث ولأبيه للمشتري وثلثاه لابنه ، وهذا قول مالك وقيل هو مذهب للشافعي ، وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسعى للابن في قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يعتق سدسه لأنه ورثه ويسعى في خمسة أسداس قيمته للابن ولا وصية له وقيل على قول الشافعي ينفسخ البيع إلا أن يحجز الابن عتقه وقيل ينفسخ في ثلثيه ويعتق ثلثه وللبائتم الخيار لتفريق الصفقة عليه وقيل لا خيار له لأنه متلف فان ترك الفدين سواء عتق كله وورث سدس الالفين والباقي للابن ، وبهذا قال مالك

ولنا مارويناه من الاخبار ، وحديثهم لانعرفه ولا نعلم أن معناه ما ذكره بل معناها أنها لك حياتك فان مت رجعت إلي فتكون كالعمرى سواء إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب ، ان مات المرقب قبله وهذا يبين تأكيدها على العمرى

(فصل) ونصح العمرى في غير العتار من الحيوان والطياب لأنها نوع هبة فصحت في ذلك كسائر الهبات ، وقد روي عن أحمد في الرجل يعمر الجارية فلا أرى له وطأها قال القاضي لم يتوقف أحمد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع لان الوطء استباحة فرج ، وقد اختلف في صحة العمرى وجعلها بعضهم تملك المنافع فلم ير له وطأها لهذا ولو وطئها كان جائزاً

وأبو حنيفة وقيل نحوه قول الشافعي وقيل على قوله يعتق ولا يرث وقيل شراؤه مفسوخ وقال أبو يوسف ومحمد يرث الاب سدس التركة وخمسائة يحتسب بها من رقبته ويسعى في نصف قيمته ولا وصية له فان اشترى ابنة بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشراء في الوجه الاول وفي الثاني يعتق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند الموت وولأؤه بينهما أنلانا ، وبهذا قال مالك وقول الشافعي فيه على ما ذكرنا في مسألة الاب ، وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصية ويسعى في قيمة ثلثيه للاب ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يرث خمسة أسداسه ويسعى في قيمة سدسه فان ترك الفين سواء عتق كله وورث خمسة أسداس الالفين وللاب السدس ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد للاب سدس التركة وخمسائة وباقيها للابن يعتق منها ويأخذ الفا وخمسائة وان خرج مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الاول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الأصل على الوجه الثاني يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية فان لم يخلف المشتري الا اخا حرا ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الاول ويعتق ثلثه على الثاني ويرث الاخ ثلثيه ثم يعتق عابه وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى لعمه في قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية وان خلف الفين سواء عتق وورث الالفين ولا شيء للاخ في الاقوال الا بما قيل على قول الشافعي انه يعتق ولا يرث وقيل شراؤه باطل فان اشترى ابنة بألف لا يملك غيره وقيمه ثلثا الالف وخلف ابنا آخر فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لان المشتري حابه ولم يبق من التركة سواء فيكون له ثلثه وهو آسع الف ويرد التسعين فتكون بين الاثنين ، وعلى الوجه الثاني يعتق ثلثه ويرث اخوه ثلثيه ويعتق عليه وللبائع ثلث الحباة ويرد ثلثها فيكون ميراثا ، وقال أبو حنيفة الثلث للبائع ويسعى المشتري في قيمته لآخيه وقال أبو يوسف ومحمد يسعى في نصف رقبته ويرث نصفها وقال الشافعي الحباة مقدمة لتقدمها ويرث الابن الحر اخاه فيملكه وقيل يفسخ البيع في ثلثيه ويعتق ثلثه ولا تقدم الحباة لان في تقديمها تقرير ملك الاب على ولده وقيل يفسخ البيع في جميعه فان كانت قيمته ثلاثة آلاف فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال وتتفد

(فصل) وإن وقت الهبة الى غير العمري والرقبي فنال وعيتك هذا لسنة أو الى أن يقدم الحاج أو الى أن يبايع ولدي أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لأنها عليك لرقبة فلم تصح موقفة كالأيم وتفرق العمري والرقبي لأن الانسان إنما يملك الشيء عمره فإذا ملكه عمره فقد وقته بما هو موقت به في الحقيقة فصار ذلك كالمطلق ، وإن شرط رجوعها اليه بعد ذلك كان شرطاً على غير الموهوب له بخلاف غيره

(مسألة) قال (وإن قال سكنها لك عمرك كان له أخذها أي وقت أحب لأن السكني

ليست كالعمري والرقبي)

أما إذا قال سكنني هذه الدار لك عمرك أو سكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعدد لازم لأنه في التحقيق هبة المنافع ، والمنافع إنما تستوفي بمضي الزمان شيئاً فشيئاً فلا تلزم إلا في قدر ما قبضه

الحاجة في ثلث أباقي وهو تسعا الألف ويرد البائع أربعة أضعاف الألف فتكون بين الابن وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين (أحدهما) يقدم المتق على الحاجة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثي الألف فيكون بينهما (والثاني) يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أضعافها كما قلنا في الوجه الأول ، وقال أبو حنيفة للبائع بالحاجة الثلث ويرد الثلث ويسعى الابن في قيمته ل أخيه في قول أبي يوسف ومحمد يرده البائع ثلث الألف فيكون ذلك مع المشتري للابن الحر وقيل غير ذلك وإن اشتراه بألف لا يملك غيره وقيمه ثلثة آلاف فمن أعتقه من رأس المال جعله حراً ومن جعل ذلك وصية أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه إلا في قول الشافعي ومن وافقه فإن الحر يملك بقية أخيه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن وذلك تسعا رقبته لأنه يحمل ثمنه من الثلث دون قيمته وقيل يفسخ البيع في ثلثيه وقيل في جميعه ، وقال أبو حنيفة يسعى لأخيه في قيمة ثلثيه وقال أبو يوسف ومحمد يسعى له في نصف قيمته فإن ترك ألفين سواء عتق كله لأن التركة هي الثمن مع الاثنين والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث نصف الاثنين وهو قول للشافعي وقيل يعتق ولا يرث وعند أبي حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الاثنين وذلك خمسة آلاف فعلى قول أبي حنيفة يعتق منه قدر ثلث ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسعى لأخيه في ألف وثلث ألف وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أصداسه ويسعى لأخيه في خمسمائة والألفان لأخيه في قولهم جميعاً

(فصل) ولو اشترى المريض ابني عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فاعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولا من قياس قول القاضي إن شاء الله أنه يعتق ثلثا المتق إلا إن يحيز المولى يعتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية أضعاف يبقى تسعة وثلث أخيه للمولى ويحتمل أن يعتق كله ويرث أخاه فيعتقان جميعاً لأنه يصير بالاعتاق وارثاً لثاني التركة

منها واستوفاه بالسكنى والمسكن الرجوع متى شاء وأيهما مات بطلت الإباحة وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وروى معنى ذلك عن حفصة ، وقال الحسن وعطاء وقتادة هي كالعمري تكون له والهبة لأنها في معنى العمري فيثبت فيها مثل حكمها ، وحكي عن الشعبي أنه 'إذا قل هي لك أسكن حتى تموت فهي له حياته وموته وإن قال داري هذه أسكنها حتى تموت فإنها ترجع إلى صاحبها لأنه 'إذا قل هي لك فقد جعل له رقبته فتكون عمري فإذا قال أسكن داري هذه فإنما جعل له نفقها دون رقبته فتكون عارية ولنا أن هذا إباحة المنافع فلم يقع لازماً كالعارية وفارق العمري فإنها هبة للرقبة فالما إذا قال هذه

فتفقد إجازته في اعتاق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل له الميراث وفي قياس قول أبي الخطاب يعتق ثلثه ولا يرث لأنه لو ورث لكان اعتاقه وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل إرثه فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه وهذا قول الشافعي ويبقى ثلثه وابن العم الآ خر للمولى وقال أبو حنيفة يعتق ثلثا المعتق ويسعى في قيمة ثلثه ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه أخوه بالهبة ويكون أحق بالميراث من المولى فإن كان للميت مال سواهما أخذنا ذلك المال بالميراث وبغرم المعتق لآخيه الموهوب نصف قيمة نفسه ونصف قيمة أخيه لأن عتق الأول وصية ولا وصية لو ارث وقد صار وارثاً مع أخيه فورث نصف قيمة رقبته ونصف قيمة أخيه وورث أخوه الباقي وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض له فيعتق بقرابته له ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالعتق الذي جرى فيها فيغرم الأول نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لآخيه وأما قول أبي حنيفة فإن كان الميت لم يدع وارثاً غيرهما عتق وغرم الأول لآخيه نصف قيمة أخيه ولم يغرم له نصف قيمة نفسه لأنه إذا لم يدع وارثاً جازت وصيته لآخيه لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الأول لأنه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلا بد من أن تنفذ للمعتق وصية ليصير حراً فيعتق أخوه بمقتضاه وقد جازت له الوصية في جميع رقبته لأن الميت إذا لم يدع وارثاً جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعاً ويرجع الثاني على الأول بنصف قيمته لأنه يقول قد صرت أنا وانت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني وقد كانت رقبتي لك وصية فعتقت من قبلك فاضمن لي نصف رقبتي فإن كان معسراً أو هناك مال غيرها أخذ الثاني نصفه ثم أخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه وكان ما بقي ميزاناً لآخيه الأول

﴿مسألة﴾ (ولو اعتق أمته وتزوجها في مرضه فقتل المروذي عن أحمد أنها تراث اختاره القاضي ، وقال الشافعي لا تراث لأن توريثها يفضي إلى إبطال عتقها لأنه وصية وإبطال عتقها يبطل توريثها .

ولنا أن العتق في هذه الحال وصية بما لا يلحقه الفسخ فيجب تصحيحه للوارث كالغفو عن الممدني مرضه فإنه لا يسقط ميراثه ولا يبطل الوصية

لك اسكنها حتى تموت فإنه يحتمل لك سكنها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى فأشبهه ما لو قال هذه لك سكنها ، وإذا احتمل أن يريد به الرقة واحتمل أن يريد السكنى فلا نزاع في ملكه بالاحتمال

(فصل) إذا وهب هبة فاسدة أو باع بيعاً فاسداً ثم وهب تلك الدين أو باعها بعقد صحيح مع

(مسئلة) (ولو أعتقها أو قيمتها مائة ثم تزوجها وأصدقها مائتين لأمال له سواهما ومهر مثلها ثم مات صح العتق ولم تستحق الصداق لثلايفضي إلى بطلان عتقها ثم يبطل صداقها وقال القاضي تستحق المائتين وتعتق) لان العتق وصية لها وهي غير وارثة والصداق استحقيقه بسبق المعاوضة وهي تنفذ من رأس المال فهو كما لو تزوج أجنبية وأصدقها المائتين وقال أصحاب الشافعي يسقط مهرها ولا يرث أكونها لا يخرج من الثلث وسقوط العتق في بعضها يبطل مهرها ويسقط نكاحها فأسقطنا المهر والميراث وأنفذنا العتق والنكاح قال شيخنا وهذا أولى من القول بصحة العتق والصداق جميعاً لانه يفضي إلى القول بصحة العتق في مرض الموت من جميع المال ولا خلاف في فساد ذلك ولو أصدق المائتين أجنبية صح وبطل العتق في ثلثي الأمانة لان الخروج من الثلث معتبر بحالة الموت وحالة الموت لم يبق له مال وهكذا لو تلفت المائتان قبل موته لم ينفذ من عتق الأمانة الثلث وإذا بطل بعض عتقها بذهاب المائتين إلى غيرها فأولى أن يبطل بذهابها إليها وبطلان عتقها يبطل نكاحها فأقول بسقوط المهر وحده أولى

(مسئلة) (وان تبرع بالثلث ثم اشترى أباه من الثلثين وله ابن فعلى قول من قال: ليس الشراء بوصية يعتق الاب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقي للاب سدسه وباقيه للابن وعلى قول القاضي ومن جعله وصية لا يعتق الاب لان تبرع المريض إنما ينفذ في الثلث ويقدم الاول قالال وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لانه إنما عتق بعد الموت وان وهب له أبوه عتق وورث لان الهبة ليست بوصية وكذلك ان ورثه وان اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضي لانه اذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعناق بالقول بدليل نفوذه في حق الصبي والمجنون فأولى أن لا ينفذ بالقول والله سبحانه وتعالى أعلم

فصول في تصرف المريض

(فصل) إذا أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالتكاح صحيح في الظاهر فإذا مات ولم يملك شيئاً آخر تبين أن نكاحها باطل ويستط مهرها ان كان لم يدخل بها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثاها فان كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعا ويرق أربعة أسباعا وحساب ذلك أن تقول عتق منها شيء ولها بصداقها نصف شيء ولورثة شيئين فيجمع

علمه بفساد الاول صح العقد الثاني لأنه تصرف في ملكه علماً بأنه ملكه ، وإن كان يعتقد صحة العقد الاول ففي صحة الثاني وجهان (أحدهما) صحته لأن تصرفه صادف ملكه وتم بشرطه فصح كما لو علم فساد الاول (والثاني) لا يصح لأنه تصرف تصرفاً يعتقد فساد ففسد كما لو صلى يعتقد أنه محدث فبان متطاعراً وهكذا لو تصرف في عين يعتقد أنها لا يبه فبان أنه قد مات وملكها بالميراث

ذلك فيكون ثلاثة أشياء. ونصفا تبسطها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولم أره ولا شيء. فلبت سواها فتجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حراً والباقي لورثة وإن أحب لورثة أن يدفعوا إليها حصتها من مهرها وهو سبعة. ويعتق منها سبعة إذا واسترقوا خمسة أسباعها فلم ذلك وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة بحسب مهرها من قيمتها وإلّا ثلث الباقي وبسعي فيما بقي وهو ثلث قيمتها فإن كان يملك مع الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها ورق نصفها لأن نصفها هو ثلث المال وإن دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعها وإلّا ثلاثة أسباع مهرها وإنما قل العتق فيها لأنها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المال به فاعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعها وطريق حسابها أن تقول عتق منها شيء وإلّا مهرها نصف شيء. ولورثته شيطان يعدل ذلك الجارية ونصف قيمتها فالشيء سبعة أسباعها ونصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعها فإن كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثها ورق ثلثها وبطل نكاحها وإن كان دخل بها عتق أربعة أسباعها وإلّا أربعة أسباع مهرها ويبقى لورثة ثلاثة أسباع وخمسة أسباع قيمتها وهو يعدل مثلي ما عتق منها وحسابها أن تبطل السبعة الأشياء معادلة لها وقيمتها فاعتق منها بقدر سعي الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها فإن كان يملك معها مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لأنها تخرج من الثلث أن أسقط مهرها وإن أبت أن تسقط لم ينفذ عتقها وبطل نكاحها فإن كان لم يدخل بها فيبغي أن يقضي بعقبتها ونكاحها ولا مهر لها لأن إيجابه ينفذ إلى إسقاطه وإسقاط عتقها ونكاحها فإسقاطه وحده أولى وإن كان دخل بها عملنا فيها على ما تقدم فاعتق ستة أسباعها وإلّا ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سبعة ونكاحها ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها في هذه المواضع كما لو تزوجها وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي في هذه المسئلة التي قبل الأخيرة ما يقتضي صحة نكاحها وعتقها مع وجوب مهرها فيما إذا عتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهو مهر مثلاً وهو مذكور في هذا الباب وقال أبو حنيفة فيما إذا ترك مثلي قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطي مهرها وثلث الباقي بحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فاعتق ذلك ونسعى في سدسها الباقي ويبطل نكاحها فإن خلف أربعة أمثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصدقها في قول الجميع لأن ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقي في قول أصحابنا وهو

أو غصب عينا فبأها يعتقد أنها موصوبة فبان أنها ملكه فعلى الوجهين قال القاضي أصل الوجهين من باشر امرأة بطلاق يعتقد أنها أجنبية فبان لمراثة أو واجه العتق من يعتقد أنها حرة فبان أمته في وقوع الطلاق والحرة روايتان وللشافعية في هذه المسائل وجهان كما حكينا والله أعلم

قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا ترث وهو مقتضى قول الحرقى لأنها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث واعتبار الوصية بالموت

(فصل) ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة وتزوجها بعشرة في ذمته ثم ماتت وخلفت مائة اتقضى قول أصحابنا أن تضم العشرة التي في ذمته إلى المائة فيكون ذلك هو التركة وترث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون وهذا مذهب أبي حنيفة وقال صاحباه يحسب عليه قيمته أيضاً ويضم إلى التركة ويبقى للورثة ستون وقال الشافعي لا ترث شيئاً وعليه أداء العشرة التي في ذمته لئلا يكون اعتناقه وصية لوارث وهذا مقتضى قول الحرقى أن شاء الله تعالى

(فصل) فأما إن أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف علمناه فأما إن أعتقها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه عتقت وورثت في اختيار أصحابنا وقول أبي حنيفة ونقله المروذي عن أحمد كما لو كان عتقها في صحته وقال الشافعي لا ترث وقد ذكرناه



كتاب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره ، قال الخليل بن أحمد اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط لان ما جاء على فـمـلة فهو اسم للفاعل كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهزأة واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه والمزأة الذي يهزأ به ، وقال الاصمعي وابن الاعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضا والاصل في اللقطة ماروي زيد بن خالد الجهني قال : مثل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاءها رعاها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها وتكن رديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه » وسأله عن ضالة الابل فقال « مالكت ولما دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجمدها ربا » وسأله عن الشاة فقال « خذها فانها هي لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه ، والوكاء الخيط الذي يشد به المال في الخرقه والمقاص الوعاء الذي هي فيه من خرقه أو قرطاس أو غيره . قاله أبو عبيد والاصل في المقاص أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة قوله « معها حذاءها » يعني خفيها فانه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها لانها تأخذ فيه ماء كثيرا فيبقى معها يمنعها العطش والضالة اسم الحيوان خاصة دون سائر اللقطة والجمع ضوال ويقال لها أيضا الهوامي والهواقي والهوامل

باب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره قال الخليل بن أحمد اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط لان ما جاء على فـمـلة فهو اسم للفاعل كالصحلة والصرعة ، واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الصحلة الذي يصحله منه والمزأة الذي يهزأ به ، وقال الاصمعي وابن الاعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضا والاصل فيها ماروي زيد بن خالد الجهني قال مثل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاءها رعاها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها وتكن رديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها اليه » وسأله عن ضالة الابل فقال « مالكت ولما دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجمدها ربا » وسأله عن الشاة فقال « خذها فانها هي لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه والوكاء الخيط الذي يشد به المال في الخرقه ، والمقاص الوعاء الذي هي فيه من خرقه أو قرطاس أو غيره ، قاله أبو عبيد والاصل في المقاص أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة ، وقوله « معها حذاءها » يعني خفيها لانه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها تأخذ فيه ماء كثيرا فيبقى معها يمنعها العطش والضالة ، اسم للحيوان خاصة دون سائر اللقطة والجمع ضوال ويقال لها أيضا الهوامي والهوامل .

(فصل) قال امامنا رحمه الله الافضل ترك الالتقاط وروي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خنيم وعطاء ومر شريح بدرهم فلم يعرض له واختار أبو الخطاب اذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالأفضل أخذها وهذا قول الشافعي وحكي عنه قول آخر أنه يجب أخذها لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) فإذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله ومن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة وقال مالك إن كان شيئاً له بال يأخذه أحب إلي ويمر به لأن فيه حفظ مال المسلم عليه فكان أولى من تضييعه وتخليصه من الفرق

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفاً في الصحابة ولأنه تعرض لنفسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وتحليل الخمر وما ذكره يبطل بالضوابط فإنه لا يجوز أخذها مع ما ذكره وكذلك ولاية مال اليتيم

(مسألة) قال (ومن وجد لقعة غر فيها ستة في الأسواق وأبواب المساجد)

وجملته أن في التعريف ستة فصول في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه وكيفية ومن يتولاه، أما وجوبه فإنه واجب على كل ملئقط سواء أراد تملكها أو حفظها لصاحبها، وقال الشافعي لا تجب على من أراد حفظها لصاحبها

(مسألة) (وتنقسم ثلاثة أقسام) (أحدها) : ما لا تتبعه الهمة كالسوط والشم والريغ فيملكه بأخذه بلا تعريف

لما روى جابر قال رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهاه يلتقطه الرجل فينتفع به رواه أبو داود وكذلك النمرة والسكسة والخرقه وما لا خطر له يجرز الاتماع به من غير تعريف لأن النبي ﷺ لم ينكر على واحد النمرة حيث أكلها بل قال له «لو لم تأنها لانتك» ورأى النبي ﷺ نمره فقال «لولا أني أخشى أن تكون من الصدقة لا أكلتها» ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة اليسير والاتماع به روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاووس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي

قال شيخنا وليس عن أحمد تحديد اليسير الذي يباح، وروي عن أحمد أبو بكر بن صدقة إذا أخذ درهما عرفه سنة وقال في رواية عبد الله ما كان نحو النمرة والسكسة والخرقه وما لا خطر له فلا بأس، ونحو ذلك قول الشافعي وذكر القاضي ذلك في كتاب الخلاف ويحتمل أن لا يجب تعريف ما لا يقطع به السارق وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لأن مادون ذلك فإنه لا يجب تعريفه كالسكسة والنمرة بدليل قول عائشة رضي الله عنها كانوا لا يقطعون في الشيء

ولنا أن النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ، ولأن حفظها لصاحبها إنما يقيد بانصالحها إليه وطريقه التعريف أما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها فهو وهلاكها سبباً ، ولأن أمساكها من غير تعريف تضيق لها عن صاحبها فلم يجوز كردها إلى موضعها أو إلقائها في غيره ، ولأنه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لأن بقاها في مكانها إذا قرب إلى وصولها إلى صاحبها إيجاباً يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه فيجدها وأما بأن يجدها من يعرفها وأخذها فما يفوت الأمر من فيحرم فلما جاز الالتقاط وجب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ، ولأن التعريف واجب على من أراد تملكها فكذلك على من أراد حفظها فإن التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة إليه فيلزم أن يكون الوجوب في الحل المتفق عليه لصياتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع

(الفصل الثاني) في قدر التعريف ، وذلك سنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال ابن المسيب والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وروي عن عمر رواية أخرى أنه يعرفها ثلاثة أشهر وعنه ثلاثة أعوام لأن أبي بن كعب روى أن رسول الله ﷺ أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام ، وقال أبو أيوب الهاشمي مادون الخمسين درهما يعرفها ثلاثة أيام إلى سبعة أيام ، وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام ، وقال الثوري في الدرهم يعرفه أربعة أيام ، وقال إسحاق مادون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها . وروى أبو إسحاق الجوزجاني بإسناده عن يعلى

الثقافة وروى عن علي رضي الله عنه أنه وجد ديناراً فتعرف فيه ، وروى الجوزجاني عن سلمى بنت كعب قالت وجدت خانماً من ذهب في طريق مكة فسأت عائشة عنه فقالت تميمي به ، وروى عن رسول الله ﷺ في الحبل في حديث جابر وقد تكون قيمته دراهم ، وعن سويد بن غفلة قال خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان حتى إذا كنا بالعذيب التقطت سوطاً فقال لي ألقه فأليت فلما قدنا المدينة أتيت أبي بن كعب فذكرت ذلك له فقال أصبت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وشافعية ثلاثة أوجه كالذهاب الثلاثة

ولنا على إبطال تحديده بما ذكره عموم حديث زيد بن خالد في كل لقطة فيجب ابتهاؤه على عمومه إلا ما خرج منه لدليل ولم يرد بما ذكره نص ولا عوفي معني ما ورد به النص ولأن التحديد لا يعلم بالقياس وإنما يؤخذ من نص أو إجماع وليس فيما ذكره نص ولا إجماع فلما حديث على فهو ضعيف رواه أبو داود وقال طرقه كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب فتعين حله على وجه من الوجوه غير النقطة أما لكونه مضطراً إليه أو غير ذلك وحديث عائشة قضية في عين لا يدري كم قدر الخاتم ؟ ثم هو قول صاحبني وهم لا يرون ذلك حجة وسائر الأحاديث ليس فيها تقدير لكون يباح ما ذكره النبي ﷺ ورخص فيه من السوط والعصا والحبل وما قيمته كقيمة ذلك

(فصل) والذي يجوز التقاطه والانتفاع به من غير تعريف كالسكرة والتمر والعصا ونحو ذلك

ابن أمية قال : قال رسول الله ﷺ « من التقط درهما أو حبلا أو شبا ذلك فليعرفه ثلاثة أيام فان كان فوق ذلك فليعرفه سبعة أيام »

ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فان النبي ﷺ أمره بعام واحد ولان السنة لا تتأخر عنها القوافل ويضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدراً كعدة أجل العين . وأما حديث أبي قتادة قال الرازي لا أدري ثلاثة أعوام أو عام واحد ، قال أبو داود شك الرازي في ذلك ، وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه وحديث زيد وأبي أصح منه وأولى . اذا ثبت هذا فانه يجب أن تكون هذه السنة نلي الالتقاط وتكون متوالية في نفسها لان النبي ﷺ أمر بتعريفها حين سئل عنها والامر يقتضي الفور ولان التقصد بالتعريف وصول الخبر الى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متوالي لان صاحبها في الغالب انما يتوكلها ويطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به (الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لان النهار يجمع الناس وللقام دون الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها ولا سبوع أكثر لان الطالب فيه أكثر ولا يجب فيما بعد ذلك متواليا . وقد روى الجوزجاني باسناده عن معاوية بن عبد الله عن زيد الجهناني قال نزلنا مناخ ركب فوجدت خرقه فيها قريب من مائة دينار فحشيت بها الى عمر فقال عرفها ثلاثة أيام على باب المسجد ثم أمسكها حتى قرن السنة ولا يقدر من ركب إلا نشدتها وقلت الذهب طريق الشام ثم شأنك بها

اذا التقطه انسان واتنع به فمات فلا ضمان فيه ذكره صاحب المتوعب وكذلك ما قيمته كقيمة ذلك لان النبي ﷺ رخص فيه ولم يذكر عليه ضماناً ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وكذلك يخرج في الوط والحبل وشبهه المذكور في حديث جابر وقدره الشيخ أبو الفرج بما دون التقيراط ولا يصح تحديده لما ذكرناه وذكر القاضي انه لا يجب تعريف الدائق

(القسم الثاني) (الاصول التي تمتنع من صغار السباع كالابل والبقر والحمل والبغال والظباء والطير والفهود ونحوها لا يجوز التقاطها)

كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء لا يجوز التقاطه سواء كان لكبر جثته كالابل والحمل او لطيرانه كالطيور كلها او لعدوه كالظباء او أنيابه كالكلاب والفهود قال عمر رضي الله عنه من أخذ الضالة فهو ضال أي مخطي . وبهذا قال الشافعي وأبو عبيد ، وقال مالك والليث في ضالة الابل من وجدها في الصحراء لا يقر بها ورواه المزني عن الشافعي وكان الزهري يقول من وجد بدنة فليعرفها فان لم يجد صاحبها فلينحرها قبل ان تنقضي الايام الثلاثة وقال أبو حنيفة يباح التقاطها لانها لقطة اشبهت الغنم ولنا قول النبي ﷺ لما سئل عنها « مالك ولها دعها فان معها حذاء فارتقاها وتردالما وتنا كل الشجر حتى يجردها ربها وسئل النبي ﷺ فقيل يا رسول الله انا نجد هرامي الابل فقال « ضالة المسلم حرق النار » وعن جرير بن عبد الله انه امر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الاسواق وأبواب المساجد والجوامع في الوقت الذي يجتمعون فيه كادبار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس لان المتصور دأبها ذكرها واظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تحري مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد لان المسجد لم يبن لهذا ، وقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقل لاردها الله اليك فان المساجد لم يبن لهذا » وأمر عمر واجد القطة بتعريفها على باب المسجد

(الفصل الخامس فيمن يتولاه) ولما لقط أن يتولى ذلك بنفسه وله أن يستنيب فيه ، فان وجد متبرعا بذلك والا إن احتاج الى أجر فهو على الملتقط وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي واختار أبو الخطاب انه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها رجع بالاجر على مالكها ، وكذلك قال ابن عقيل فيما لا يملك بالتعريف لانه من مؤنة إيصالها الى صاحبها فكان على مالكها كأجر مخزنها ورعيها وتجهيزها ولنا ان هذا أجر واجب على المعرف فكان عليه كما لو قصد تملكها ولانه لو وليه بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها فكذلك اذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء ولانه سبب للملكها فكان على الملتقط كما لو قصد تملكها ، وقال مالك إن أعطى منها شيئا لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئا لمن جفنها ، وقد ذكرنا الدليل على ذلك

« لا يؤوى الضالة لاضال » رواه أبو ذؤاد بمعناه وقياسهم عارض صريح النص وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر ؟ على ان الابل تفارق الغنم لضعفها وقلة صبرها عن الماء والخوف عليها من الذئب

(فصل) فان كانت الصيود مستوحشة اذا تركت رجعت الى الصحرا . وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لان تركها اضعف لها من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لاحفظها في نفسها ولو كان المقصود حفظها في نفسها لما جاز التقاط الايمان فان الدنيا ردينا رحيث كان

(فصل) والبقرة كالابل نص عليه احمد وهو قول الشافعي وابي عبيد وحكي عن مالك ان البقرة كالاشاة ولنا خبر جابر فانه طرد البقرة ولم يأخذها ولانها تمتنع من صفار السباع ونجزي في الاضحية عن سبعة فاشبهت الابل ، وكذلك الحكم في الخيل والبقال ، فاما الحر فجعلها اصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز التقاطه لكبر اجسامها فاشبهت الخيل والبقال ، قال شيخنا والاولى الحاقها بالاشاة لان النبي ﷺ علل الابل بان معها سقاء ما يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ما توعي في بطونها منه وقوتها على وروده وفي اباحتها ضالة الغنم بانها معرضة لاخذ الذئب اياها بقوله « هي لك أو لاختك أو للذئب » والحر مساوية للاشاة في علمها فانها لا تمتنع من الذئب وتفارق الابل في علمها لكثرة ما لا صبر لها عن الماء ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عن الماء فيقال ما بقي من مدته الا ظاهرا والحق الشيء بما ساواه في علة الحكم وفارقه في الصورة اولى من الحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة

(الفصل السادس) في كيفية التعريف وهو أن يذكر جنسها لا غير فيقول من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب ونحو ذلك لقول عمر رضي الله عنه لو وجد الذهب بطريق الشام ولا تصفها لانه لو وصفها لعلم صفتها من يسميها فلا تبقى صفتها دليلاً على ملكها لمشاركة غير المالك المالك في ذلك ولانه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها وهو لا يملكها فتضيم على مالها

(فصل) لم يفرق الحرقى بين بسير القطة وكثيرها وهو ظاهر المذهب إلا في اليسير الذي لا تتبعه النفس كالتمر والكسرة والحرقه ومالا خطر له فانه لا بأس بأخذه والانتفاع به من غير تعريف، لأن النبي ﷺ لم ينكر على واحد التمر حيث أكلها بل قال له «لو لم تأنها لانتك» ورأى النبي ﷺ تمره فقال «لولا أنني أخشى أن تكون من الصدقة لأكتها» ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع، وقد روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وليس عن أحمد وأكثر من ذكرنا تحديد اليسير الذي يباح، وقال مالك وأبو حنيفة لا يجب تعريف مالا يقطع به السارق وهو ربع دينار عند مالك وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لأن مادون ذلك تافه فلا يجب تعريفه كالكسرة والتمر، والدليل على انه تافه قول عائشة رضي الله عنها كانوا لا يقطعون في الشيء التافه، وروي عن علي رضي الله عنه انه وجد ديناراً فتصرف فيه، وروى الجوزجاني عن سلى بنت كعب قالت:

(فصل) فأما غير الحيوان فما كان منه ينحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكبير من الخشب وقدور النحاس فهو كالابل في تحريم أخذه بل أولى منه لأن الابل معرضة للتلف في الجملة بالاسد والجوع والعطش وغير ذلك وهذه بخلاف ذلك ولأن هذه لا تنكاد فتضيم عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان فإذا حرم أخذ الحيوان فهذه أولى

(فصل) فإن أخذ الحيوان الذي لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه أماً كان أو غيره لانه أخذ ملك غيره بغير اذنه ولا إذن الشارع له فهو كالغاصب، فإن رده الى موضعه لم يبرأ من الضمان وبهذا قال الشافعي وقال مالك يبرأ لأن عمر رضي الله عنه قال ارسله الى الموضع الذي اصبته فيه وجريه طرد البقرة التي لحقت ببقرة

ولنا ان ما ألزمه ضمانه لا يزول عنه الا برده الى صاحبه أو نائبه كالسروق والمفصوب واما حديث جرير فانه لم يأخذ البقرة إنما لحقت بالتمر فطردها فاشبهه مالود خلت داره فأخرجها واما عمر فهو كان الامام فامره بردها الى مكانها كآخذها، فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث تثبت يده عليها لا يلزمه ضمانها سواء طردها أو لم يطردها فان دفعها الى نائب الامام زال عنه الضمان لأن له نظراً في ضوال الناس بدليل ان له أخذها فكان نائباً عن أصحابها فيها

وجدت خاتماً من ذهب في طريق مكة فسألت عائشة عنه فقالت تمتعي به ، وروى أبو داود بإسناده عن جابر قل رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والجبل وأشباهاه بانتطه الرجل ينتفع به ، والجبل قد تكون قيمته دراهم وعن ابن ماجه بإسناده عن سويد بن غفلة قال خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيد ابن صوحان حتى إذا كنا بالهذيب التقطت سوطاً فقالا لي أقمه فأبيت حتى قد منّا المدينة أتيت أبي بن كعب فذكرت ذلك له فقال أصبت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وللشافعية ثلاثة أوجه كل المذهب الثلاثة ولنا على إبطال تحديده بما ذكره ان حديث زيد بن خالد عام في كل لفظة فيجب إبقاءه على صومه إلا ما خرج منه بالدليل ، ولم يرد بما ذكره نص ولا هو في معنى ما ورد النص به ولان التحديد والتقدير لا يعرف بالقياس وإنما يؤخذ من نص أو إجماع وليس فيما ذكره نص ولا إجماع ، وأما حديث علي فهو ضعيف رواه أبو داود وقال طرقة كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم وسائر المذاهب فتعين حمل على وجه من الوجوه غير اللفظة إما لكونه مضطراً إليه أو غير ذلك ، وحديث عائشة قضية في عين لا يدري كم قدر الخاتم ثم هو قول صحابي وكذلك حديث علي وهم لا يرون ذلك حجة ، وسائر الأحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح أخذ ما ذكره النبي ﷺ ورخص في أخذه من السوط والعصى والجبل وما قيمته كقيمة ذلك ، وقدره الشيخ أبو الفرج في كتابه بما دون القيروط ولا يصح تحديده لما ذكرنا (فصل) إذا أخر التعريف عن الحول الاول مع إمكانه أتم لأن النبي ﷺ أمر به فيه والأمر يقتضي الوجوب وقال في حديث عياض بن حمار لا نكتم ولا نغيب ، ولان ذلك وسيلة الى أن لا يعرفها

(فصل) والامام أو نائبه أخذ الضالة ليحفظها لصاحبها لان عمر رضي الله عنه حتى موضعاً يقال له النقيم لحبل المجاهدين والضوال ولان للامام نظراً في حفظ مال الغائب وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها لان عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال ولانه اذا عرف ذلك فن كانت له ضالة فانه يجيء الى موضع الضوال فاذا عرف ضالته أقام البينة عليها وأخذها ، ولا يكتفي فيها بالصفة لانها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها فلم تكن الصفة دليلاً على ماله لها ولان الضالة كانت ظاهرة للناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيرها فلم يكن ذلك دليلاً ويمكنه إقامة البينة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطائه وجبراته تملكه إياها

(فصل) وإن أخذها غير الامام أو نائبه ليحفظها لصاحبها لم يجوز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لا ولاية له على صاحبها ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولاصحابه وجه أن له أخذها لحفظها كالامام أو نائبه ولا يصح القياس على الامام لان له ولاية وهذا لا ولاية له ، فان وجدها في موضع يخاف عليها به كأرض مسبعة يقلب على الظن أن الاسد يفترسها إن تركت به أو قريبا من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين أو في برية لا مأوى بها ولا صرعى فالاولى جواز أخذها لحفظ ولا ضمان على أخذها لان فيه انقاذها من الهلاك فأشبهه تخليصها من غرق أو

صاحبها فإن الظاهر انه بعد الحول يئأس منها ويسلو عنها ويترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيرها عن الحول الاول في المنصوص عن أحد لان حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الاول وإن تركه في بعض الحول عرف بقيته ويتخرج أن لا يسقط التعريف لتأخره لانه واجب فلا يسقط بتأخيرها عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات ولأن التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نوع من القصور فيجب الاتيان به لقول النبي ﷺ « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » فعلى هذا إن أخر التعريف ببعض الحول أتى بالتعريف في بقيته وأتمه من الحول الثاني، وعلى كلا القولين لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الاول لان شرط الملك التعريف في الحول الاول ولم يوجد، وهل له أن يتصدق بها أو يحبسها عنده أبداً؟ على روايتين، ويحتمل أن يلزمه دفعها الى الحاكم كقولنا فيما إذا التفت فيما لا يجوز التقاطه، ولو ترك التعريف في بعض الحول الاول لم يملكها أيضا بالتعريف فيما بعده لان الشرط لم يكمل وعدم بعض الشرط كعدم جميعه كما أو أخل ببعض الطهارة أو ببعض السترة في الصلاة (فصل) وإن ترك التعريف في الحول الاول لعجزه عنه مثل أن يتركه لمرض أو حبس أو نسيان ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) أن حكمه حكم ما لو تركه مع امكانه لان تعريفه في الحول سبب الملك والحكم ينتفي لانقضاء سببه سواء انتفى لعذر أو غير عذر (والثاني) انه يعرفه في الحول الثاني ويملكه لانه لم يؤخر التعريف عن وقت إمكانه فأشبه ما لو عرفه في الحول الاول

حريق وإذا أخذها سلمها الى نائب الامام وبري من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لان الشرع لم يرد بذلك فيها .

(فصل) وبسم الامام ما يحصل عنده من الضوال بأنها ضالة ويشهد عليها ثم إن كان له حي ترعى فيه تركها فيه إن رأى ذلك وإن رأى المصاحبة في بيعها أو لم يكن له حي باعها بعد أن يملكها ويحفظ صفاتها ويحفظ. ثمنها لصاحبها فان ذلك أحفظ لها لان تركها يفضي الى أن تأكل جميع ثمنها (فصل) ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها انسان فأطعمها وسقاها وخلصها ملكها وبه قال الليث والحسن بن صالح واسحاق الا أن يكون تركها ترجع اليه أو ضلت منه وقال مالك هي للمالكها ويفرم ما أنفق عليها وقال الشافعي وابن المنذر هي للمالكها والاخر متبرع بالنفقة لا يرجع بشي. لانه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت في غير مهلكة ولا يملك الرجوع بها أنفق لانه أنفق على مال غيره بغير اذنه فلم يرجع به كما لو بنى داره .

ولنا ما روى الشعبي أن رسول الله ﷺ قال من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبها فأخذها فأحيها فهي له، قال عبد الله بن عبد الرحمن فقلت - يعني لشعبي - من حدثك بهذا؟ قال غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ رواه أبو داود، وفي لفظ عن النبي ﷺ انه قال « من ترك دابة بمهلكة فأحيها رجل فهي لمن أحيها، ولان في الحكم يملكها إحيائها واقتادها من

(مسئلة) قال (فإن جاء ربها وإلا كانت كسائر ماله)

وجملته أنه إذا عرف القطة حولا فلم تعرف ملكها منقطعاً وصارت من ماله كسائر أمواله غنياً كان الملتقط أو فقيراً، وروى نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وبه قال عطاء والشافعي وإسحاق وابن المنذر وروى ذلك عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة، وقال مالك والحسن بن صالح والثوري وأصحاب الرأي يتصدق بها فإذا جاء صاحبها خيره بين الأجر والقرم لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه سئل عن القطة فقال: «عرفها حولا» وروى «ثلاثة أحوال» فإن جاء ربها وإلا تصدق بها فإذا جاء صاحبها خيره بين الأجر وإلا غرمها ولأنها مال لمصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ولا وجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها قالوا وليس له أن يملكها إلا أن أبا حنيفة قال له ذلك إن كان فقيراً من غير ذري القربى لما روى عياض بن حمار المجاشعي أن النبي ﷺ قال: «من وجد قطة فإشهد عليها إذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فإبردها عليه وإلا فهي مال الله يرضيه من يشاء» رواه النسائي قالوا وما يضاف إلى الله تعالى إنما يملكه من يستحق الصدقة، ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول وأذكره الخلال وقال ليس هذا مذهبا لأحمد

الملاك ومحافظة على حرمة الحيوان وفي القول بأنها لا تملك تضييع لذلك كله من غير مصلحة تحصل ولأنه بذ رغبة عنه وعجز عن أخذه فملكه آخذه كاسقاط من السبيل وسائر ما ينتبذه الناس رغبة عنه، فأما أن ترك متاعاً فخلصه إنسان لم يملكه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا يخشى عليه التلف كالخشية على الحيوان فإن الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى وتأكاه السباع والمتاع يبقى حتى يرجع إليه صاحبه وإن كان المتروك عيلاً لم يأخذه لأن العبد في العادة يمكنه التخاص إلى الأماكن التي يعيش بها بخلاف البهيمة، وله أخذ العبد والمتاع ليخاصه لصاحبه وله أجر مثله في تخاص المتاع نص عليه، وكذلك العبد على قياسه، قال القاضي يجب أن يحمل قوله في وجوب الأجر على أنه جعل له ذلك أو أمره به فأما إن لم يجعل له شيئاً فلا شيء له لأنه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئاً كالملتقط وهذا خلاف ظاهر كلام أحمد فإنه لو جعل له جعلاً لا يستحقه ولم يجعل له أجر المثل، ويشارك هذا الملتقط فإنه لم يخاص القطة من الملاك، ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها في مكانها فيجدها وههنا إن لم يخججه هذا ضاع وهلك ولم يرجع إليه صاحبه ففي جعل الأجر فيه حفظ الأموال من الملاك من غير مفسدة فجاز كالجعل في الآبق ولأن القطة جعل فيها الشاع ما بحث على أخذها وهو ملكها إن لم يمسح صاحبها فاكنتي به عن الأجر فينبغي أن يشرع في هذا ما بحث على تخليصه بطريق الأولى وليس إلا الأجر كرد الآبق

ولنا قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد «فان لم تعرف فاستنفقها» وفي لفظ «وإلا فهي كسبيل مالك» وفي لفظ «ثم كلها» وفي لفظ «فاتمع بها» وفي لفظ «فشأنك بها» وفي حديث أبي ابن كعب «فاستنفقها» وفي لفظ «فاستمتع بها» وهو حديث صحيح ، ولان من ملك بالفرض ملك بالانطة كالفقير ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير . وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ولا نقل في كتاب يوثق به ودعواهم في حديث عياض ان ما يضاف الى الله لا يملكه إلا من يستحق الصدقة لا برهان لها ولا دليل عليها وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها نضاف الى الله تعالى خلقا وملكا قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

(فصل) وتدخل اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكى كالبراث هذا ظاهر كلام الحرقى لقوله وإلا كانت كسائر ماله ، وكذلك قال أحمد في رواية الجماعة اذا جاء صاحبها وإلا كانت كسائر ماله واختار أبو الخطاب انها لا تدخل في ملكه حتى يختار . واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال يملكها بالنية ، ومنهم من قال يملكها بقوله اخترت تملكها ، ومنهم من قال لا يملكها إلا بقوله والتصرف فيها لان هذا تملك بعوض فلم يحصل إلا باختيار المملك كالشراء . ولنا قول النبي ﷺ «فاذا جاء صاحبها وإلا فهي كسبيل مالك» وقوله «فاستنفقها» ولو وقف ملكها على تملكها لبيته له ولم يبرز له التصرف قبله وفي لفظ «فهي لك» وفي لفظ «كلها» وهذه

(فصل) فاما ما لقاه ركب البحر فيه خوف من الفرق فلم أعلم لأصحابنا فيه قولاً سوى عموم قولهم الذي ذكرناه ويحتمل أن يملك هذا من أخذه وهو قول الليث وبه قال الحسن فيما أخرجه ، قل وما نصب عنه الماء فهو لاهله ، وقال ابن المنذر برده على أصحابه ولا شيء له وبقتضيه قول الشافعي والقاضي لما تقدم في الفصل قبله ويقتضي قول الامام أبي عبد الله ان لمن أنقذه أجر مثله لما ذكرناه ، قال شيخنا ووجه ما ذكرناه من الاحتمال ان هذا مال ألقاه أصحابه فيما يتلف ببقائه فيه اختياراً منهم فملكه من أخذه كالذي القوه رغبة عنه ، ولان فيما ذكرناه تحمية لا تلافية فلم يجز كباشرته بالانطاف ، فاما ان انكسرت السفينة فأخرجه قوم فقال مالك يأخذ أصحاب المذاع متاعهم ولا شيء لأذن أصابوه وهذا قول الشافعي وابن المنذر والقاضي . وعلى قياس نص أحمد يكون مستخرجه ههنا أجر المثل لان ذلك وسيلة الى تخليصه وحفظه لصاحبه رصياته عن الفرق فان الغواص اذا علم أنه يدفع اليه الاجر بادر إلى التخليص ليخلصه ، وان علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه في استخراجه فينفي أن يقضى له بالاجر كجمل رد الباقي

(فصل) ذكر القاضي فيما اذا التقط عبد صغيراً او جارية ان قياس المذهب أنه لا يملك بالتعريف وقال الشافعي يملك العبد دون الجارية ولان التملك بالتعريف عنده اقتراض والجلبة عنده لا يملك بالفرض . قال شيخنا وهذه المسئلة فيها نظر فان الانيط محكوم بحريته ، وإن كان ممن يعبر عن نفسه

الالفاظ كلها تدل على ما قلنا ولان الالتقاط والتعريف سبب لتمليك فاذا تم وجب ان يثبت به الملك حكما كالا حياء والاصطياد ولانه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ولا اختياره كسائر الاسباب وذلك لان المكلف ليس اليه إلا مباشرة الاسباب فاذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبراً من الله تعالى غير موقوف على اختيار المكلف ، وأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت للملك بدونه

(فصل) فان التقطها اثنان فعرفاها حولاً ملكها جميعاً وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختر أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر، وإن رأياها معاً فبادر أحدهما فأخذها أو رأها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لأخذها لان استحقاق القطة بالأخذ لا بالرؤية كالاصطياد وإن قال أحدهما لصاحبه هاتها فأخذها نظرت في نيته فان أخذها لنفسه فهي له دون الآخر وإن أخذها للآخر فهي له كما لو وكله في الاصطياد له

(فصل) وتملك القطة ملكاً مراعى يزول بمجيء صاحبها ويضمن له بدلها إن تعذر ردها والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته وإنما يتجدد وجوب العوض بمجيء صاحبها كما يتجدد زوال الملك عنها بمجيئه، وكما يتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال أكثرهم لا يملكها إلا بعوض يثبت في ذمته لصاحبها وهذا قول القاضي وأصحابه بدليل أنه يملك المطالبة به فأشبه القرض

فأقر بأنه مملوك لم يقبل إقراره لان الطفل لا قول له ولو اعتبر قوله في ذلك لاعتبر في تعريفه لسيده (الثالث) سائر الاموال كالآثان والمتاع والغنم والفصال والعجائيل وإلا فلا فيجزز التقاطها لمن يقصد تعريفها وتملكها بعده لحديث زيد بن خالد في لقطة الذهب والورق وقوله في الشاة «خذها فانما هي لك أولاً خيك أو لذئب» ثبت في الذهب والفضة وقسنا عليه المتاع وقسنا على الشاة كل حيوان لا يمنع بنفسه من صغار السباع وهي الثعلب وابن آوى والذئب وولد الاسد ونحوها ومنه الدجاج والارز ونحوها يجزز التقاطها، وروي عن أحمد رواية أخرى ليس لغير الامام التقاطها يعني الشاة ونحوها من الحيوان، وقال الليث بن سعد لا اختار أن يقربها إلا أن يحرزها لصاحبها لقول رسول الله ﷺ «لا يؤوي الضالة إلا ضال» ولانه حيوان أشبه الابل

ولنا قول النبي ﷺ في الشاة «خذها فانما هي لك أولاً خيك أو لذئب» متفق عليه ولا يبخش عليه التلف والضياغ أشبه لقطة غير الحيوان وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به ولو قدر التعارض قدم حديثنا لانه أصح ولا يصح قيامه على الابل فان النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها ذئباً وسقاءها وهذا معدوم في الغنم، ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع منه

(فصل) ولا فرق بين أن يجدها بمصر أو مملكة وقال مالك وأبو عبيد وابن المنذر في الشاة

ولنا قول النبي ﷺ «فإن جاء صاحبها رالا فعي مال الله يؤتيه من يشاء» فجعلها من المباحات، ولأنه لو مات لم يعزل من تركته بدلا ولا يستحق أن يأخذ من الزكاة بسبب الفرم ولا يلزمه أن يوصي به ولا يمتنع وجوب الزكاة في ماله بسبب الدين ولا يثبت شيء من أحكام الدين في حقه وانقضاء أحكامه دليل على انقضاءه، وقال القاضي يمتنع ذلك وجوب الزكاة ولأنه لو ملكها بعوض لم يزل ملكه عنها بمجيء صاحبها، ولو وقف ملكها على رخصاء بالمعاوضة واختياره لاحدهما كالقرض والامس بخلاف ذلك وإنما يستحق صاحبها المطالبة بعد مجيئه بشرط تلذها فانها لو كانت موجودة لاخذها ولم يستحق لها بدلا، وإن كانت تارة تجدد له ملك المطالبة يبدلها كما تجدد له الملك فيها لو كانت موجودة وكما تجدد له الملك في نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وفي بدله إن كان معدوما وهذا أشبه بمقتضى ما ذكره، وأما القرض فإنه لما ثبت بدله في الدقة لم يعد الملك له في المقرض إلا برضا المقرض واختياره

(فصل) وكل ما جاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه أثبتنا كانت أو غيرها، هذا كلام الحارثي فإن لفظه عام في كل لفظه وقد نقل ذلك عن أحمد فان محمد بن الحكم روى عنه في «العباد يقع في شيء الكبس أو النحاس يعرفه سنة فإن جاء صاحبه والا فهو كسائر ماله وهذا نص في النحاس» وقال الشريف بن أبي موسى هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف فيها بعد ذلك حكم الاثنان؟

وجد في الصحراء اذبحها وكأها وفي المصر ضمها حتى يجدها صاحبها لان النبي ﷺ قال «هي لك أولاخيك أو لذئب» ولا يكون الذئب في المصر

ولنا أن النبي ﷺ أمر بأخذها ولم يفرق ولم يستفصل ولو افرق الحال لاستفصل ولأنها لقطة فاستوى فيها المصري وغيره كسائر القنطرات، وقولهم لا يكون الذئب في المصر قلنا كونها لذئب في الصحراء لا يمنع كونها لغيره في المصر، ونسب عرفها حولا ملكها، وذكر القاضي وابو الخطاب عن أحمد رواية أنه لا يملكها وأعلمها الرواية التي منع من التقاطها فيها

ولنا قوله عليه السلام «هي لك» أضافها اليه بلام التأييد ولأن التقاطها مباح فملك بالتعريف كالأثمان، وقد حكاه ابن المنذر إجماعا

(مسئلة) (فن لا يأمن نفسه عليها ليس له أخذها فإن أخذها لزمه ضمها ولا يملكها وإن عرفها) إذا التقط لقطة عازما على تملكها بغير تعريف فقد فعل محرما ولا يحل له أخذها بهذه النية فإن أخذها لزمه ضمها سواء تلفت بتفريط أو بغير تفريط، ولا يملكها وإن عرفها لأنه أخذ مال غيره على وجه ليس له أخذه فهو كالغاصب نص عليه أحمد، ويحتمل أن يملكها لأن ملكها بالتعريف والاتقاط وقد وجدنا في ملكها بذلك كالأصطياد والاحتشاش إذا دخل ملك غيره بغير اذنه فاصطاد أو احتش

على روايتين أظهرهما أنها ثلاثان ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الأتمان والعروض في ذلك ، وقال أكثر أصحابنا لا تملك العروض بالتعريف . قال القاضي نص أحمد على هذا في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبداً . وقال القاضي هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجبي صاحبها وبين دفعها إلى الحاكم ليرى رأيه فيها هل له بيعها بعد الحول ويتصدق بها على روايتين ، وقال الحلال كل من روى عن أحمد أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي نقل أنه يعرف ابداً قول قديم رجع عنه ، واحتجوا بما روي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولأنها لفظة لا تملك في الحرم فلا تملك في غيره كالابل . ولأن الخبر ورد في الأتمان وغيرها لا يسارها لعدم الغرض المتعلق ببيعها فملها يقوم مقامها من كل وجه بخلاف غيرها

ولنا عموم الأحاديث في اللفظة جميعها فإن النبي ﷺ سئل عن اللفظة فقال « عرفها سنة » ثم قال في آخره « فانتفع بها أو فشانك بها » وفي حديث عباس بن حمار « من وجد لفظة » وهو لفظ عام ، وروى الجوزجاني والاثرم في كتابيهما فلا حدثنا أبو نعيم ثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتاء أو في قرية مسكونة ؟ فقال عرفه « سنة فإن جاء صاحبه وإلا فشانك به » وروى أن سفيان بن عبد الله وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فإن عرفت وإلا فهي لك زاد

منه ملك الصيد والحشيش وإن كان دخوله محرماً كذا ههنا ، ولأن عموم النص يتناول هذا الملقب فيثبت حكمه فيه ولأننا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لا تترق الحال بين العدل والفاسق والصبي والسفيه لأن الغالب على هؤلاء الالتقاط للتملك لا للتعريف

(مسألة) (ومن أمن نفسه عليها وقوي على تعريفها فله أخذها)

لما ذكرنا والافضل تركها قاله أحمد روي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر بن زيد والريبع بن خنيم وعطاء ، وقال أبو الخطاب إذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالافضل أخذها وهذا قول لشانبي وعنه أنه يجب أخذها لقول الله تعالى (والمؤمنون بعضهم أولياء بعض) وإذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله كولي اليتيم ، وعن رأي أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة وقال مالك إن كان شيئاً له بال يأخذه أحب إلي ويعرفه ولأن فيه حفظ مال المسلم عليه فكان أولى من تضييعه كتخليصه من الفرق

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا يعرف لما يخالف في الصحابة ولأنه يعرض نفسه لأكمل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وما ذكره يبطال بالضوال فإنه لا يجوز أخذها مع ما ذكره وكذلك ولاية مال اليتيم (مسألة) (ومتى أخذها ثم ردها إلى موضعها ضمنها)

الجوزجاني فلم تعرف فلقية العام المقبل فذكرها له فقال عمر هي لك ان رسل الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك ورواه النسائي أيضا ، وهذا نص في غير الآثان وروى الجوزجاني بإسناده عن الحر بن الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة إذ جاءه رجل فقال أني وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم التروية ويوم يفرق الناس فقال ان شئت قومته قيمة عدل ولبسته وكنت له ضامنا متى جاءك صاحبه دفعت اليه ثمته وإن لم يجيء له طالب فهو لك إن شئت ، ولان ماجاز التقاطه ملك بالتعريف كالآثان وما حكره عن الصحابة إن صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه وقولهم انها لقطة لان ملك في الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالآثان ولا يصح قياسها على الابل لان معها حذاءها وسقاها ترد الماء ونأكل الشجر حتى بأنيتها ربها ولا يوجد ذلك في غيرها ولان الابل لا يجوز التقاطها فلا ملك به وعنها يجوز التقاطها بملك به كالآثان ، ثم لم اذا لم ملك في الحرم لا ملك في الحل ؟ وذلك لان الحرم ميز بكون لقطته لا بانه قطعه إلا منشأ ولهذا لم تملك الآثان بالتقاطها فيه فلا يلزم أن لا تملك في موضع لم يوجد المانم فيه ، وقولهم ان النص خاص في الآثان قلنا بل هو عام في كل لقطة فيجب العمل بعمومه ، وإن ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما ثم قد روينا نصا خاصا في العروض فيجب العمل به كما رجب العمل بالخاص في الآثان ، ثم لو اختص الخبر بالآثان لوجب أن يقاس عليها ما كان في معناها كسائر النصوص التي عقل معناها ووجد في غيرها وهما قد وجد المعنى

روي ذلك عن طاوس ربه قال الشافعي ، وقل مالك لا ضمان عليه لانه روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيرا أرسله حيث وجدته رواه الاثرم ولما روي عن جرير بن عبد الله أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت

ولنا أنها امانة حصات في يده لزمه حفظها وتركها تضييعها فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لا يحل أخذها ، فإذا أخذه احتمل ان له رده الى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار ولانه كان واجبا عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد أخذه ويحتمل ان لا يبرأ من ضمانه برده لانه دخل في ضمانه فلم يبرأ برده الى مكانه كالمسروق وما يجوز التقاطه ، فعلى هذا لا يبرأ الا برده الى الامام أو نائبه وأما عمر فهو كان الامام فإذا أمر برده فهو كأخذه منه وحديث جرير لا حجة فيه لانه لم يأخذ البقرة ولا أخذها غلامه إنما لحقت بالبقرة من غير فعله ولا اختياره ولذلك يلزمه ضمانها إذا فرط فيها لانها امانة فهي كالوديعة .

(فصل) فان ضاعت اللقطة من ملقطها في حول التعريف بغير تفريط فلا ضمان عليه لانها امانة في يده فهي كالوديعة ، فان التقطها آخر فعمل أنها ضاعت من الاول فعليه ردها اليه لانه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول بالضياع فان لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انزعاعا منه لان الملك

فيجب قيامه على المنصوص عليه، أو تقول ان المعنى هنا أكد فيثبت الحكم فيه بطريق التنبيه . بيانه ان الاثنان لا تتلف بمضي الزمان عليهما وانتظار صاحبها بها أبداً والعروض تنفد بذلك في النداء عليها دائماً هلاكها وضياع ما ليتها على صاحبها أو ملتقطها وسائر الناس في إباحة الانتفاع بها وملكها بعد التعريف حفظاً لما ليتها على صاحبها بدفع قيمتها اليه وتقم لغيره فيجب ذلك انه في النبي ﷺ عن إضاعة المال ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه وعلى أخيه ولان في إثبات الملك فيها حائلاً الى التقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة الى الملك المنصوص للآدمي وفي نفي ملكها تنضييع لها لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلفة من غير نفع يصل اليه فيؤدي الى أن لا يلتقطها أحد لتعريفها فتضييع، وما ذكره في الفرق لمفني بالشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق، ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الاصل والفرع والله أعلم، ثم قلب دليلهم فقول لقطة لان ملك في الحرم فما أبيح التقاطه منها ملك اذا كان في الحل كالابل

(فصل) وظاهر كلام أحمد والخري أن لقطة الحل والحرم سواء، وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وروي عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للملك وأنا يجوز حفظها لصاحبها فان التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبي عبيد وعن الشافعي كاللذة بين، والحجة لهذا القول قول النبي ﷺ في

مقدم على حق الملك فاذا جاء صاحبها أخذها من الثاني وليس له مطالبة الاول لانه لم ينرط، وان علم الثاني بالاول فردها اليه فأبى اخذها وقال عرفها انت فعرفها ملكها أيضاً لان الاول ترك حقه فسقط، وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو نائبه في التعريف ويملكها الاول لانه وكله في التعريف فصح كما لو كانت في يد الاول، وإن قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي، وإن قصد الثاني بالتعريف فملكها لنفسه دون الاول احتل وحسين (أحدهما) يملكها اثنائي لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول في تعريفها لنفسه (والثاني) لا يملكها لان ولاية التعريف لا أول أشبه ماله غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم اذا علم اثنائي بالاول فعرفها ولم يعلم بها. ويشبه هذا من تحجر مواتا اذا سبقه غيره الى ما حجره فأحياه بغير إذنه، فأما إن غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحداً لانه تعدى بأخذها ولم يوجد منه سبب يملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه، يفارق هذا اذا التقطها ثان فانه وجد منه الالتقاط والتعريف

(فصل) ومن اصطاد سمكة من البحر فوجد فيها درة أو عنبرة أو شيئاً مما يكون في البحر فهو للصياد لان ذلك يكون في البحر، قال الله تعالى (ونستخرجون حلية تلبسونها) ولان الاصل عدم ملكها لغيره، فان باعها الصياد ولم يعلم فوجده المشتري في بطنها فهو للصياد نص عليه أحمد لانه اذا لم

مكة « لا تحل ساقطتها إلا لمنشد » متفق عليه . وقال أبو عبيد المنشد المعروف والناشد الطالب وينشد « اصاخرة الناشد له منشد » فيكون معناه لا تحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها لأنها خصت بهذا من سائر البلدان وروى يعقوب بن شبة في مسنده عن عبد الرحمن بن عثمان اتبعني أن النبي ﷺ نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني بتركها حتى يجدها صاحبها . رواه أبو داود أيضاً ، ووجه الرواية الأولى عموم الأحاديث وأنه أحد الحرمين فأشبهه حرم المدينة ولأنها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالودعة وقول النبي ﷺ « إلا لمنشد » يحتمل أن يريد إلا لمن عرفها عاماً وتخصيصها بذلك لتأكدها لا لتخصيصها كقوله عليه السلام « ضالة المسلم حرق النار » وضالة الذي مقيدة عليها

(فصل) إذا التقط لقطة عازماً على تملكها بغير تعريف فقد قبل محرماً ولا يحل له أخذها بهذه النية فإذا أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريطه أو بغير تفريط ولا يملكها وإن عرفها لأنه أخذ مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه ، فأشبهه الفاضل نصاً على هذا أحد ويحتمل أن يملكها لأن ملكها بالتعريف والالتقاط وقد وجد فيملكها به كالاصطياد والاحتشاش فإنه لو دخل حائطاً لغيره بغير إذنه فاحتش أو اصطاد منه صيداً ماله وإن كان دخوله محرماً كذا ههنا ، ولأن عموم النص يناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه ولأننا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لا تترق الحال بين العدل والغاسق والعصي والسفيه لأن الغالب على هؤلاء الالتقاط لتمكنك من غير تعريف

يملك به فما باعه ولا رضي بزوال ملكه عنه فأشبهه من باع داراً له مال مدفون فيها ، فإن وجد دراهم أو دنانير فهي لقطة لأن ذلك لا يخلق في البحر ولا يكون إلا للآدمي فكان لقطة كما لو وجد في البحر وكذلك الحكم في الدرة والعنبرة إذا كان فيها أثر لآدمي كالثقبوة والمتصلة بذهب أو فضة أو غيرها أو كانت العنبرة فاحة ونحو ذلك مما لا يخلق عليه في البحر تكون لقطة لأنها لم تقع في البحر حتى تثبت اليد عليها فهي كالدينار فنى وجدها الصياد فعليه تعريفها لأنه ملتقطها ، وإن وجدها المشتري فالتعريف عليه لأنه واجدها ولا حاجة إلى البداية بالبائع فإنه لا يحتمل أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيادها وملك الصياد لها فاستوى هو وغيره ، فأما إن اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهو لقطة يعرفها ويبدأ بالبائع لأنه يحتمل أن تكون ابتلعتها من ملكه فيبدأ به كقولنا فيمن اشترى داراً فوجد فيها مالا مدفوناً ، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كأنهر والعين فحكمها حكم الشاة في أن ما وجد في بطنها من ذلك فهو لقطة لأن ذلك لا يكون إلا في البحر عادة ، ويحتمل أن النهر إذا كان متصلاً بالبحر فهو كما لو صادها منه لأنها قد تنبثق ذلك في البحر ثم تخرج إلى النهر وإن لم يكن متصلاً به فهو لقطة ويحتمل أن يكون لصياد لقول الله تعالى (ومن كل تأكلون لحاظاً طرياً وتستخرجون حياً تلبسونها) .

(فصل) وإن وجد عنبرة على الساحل فهي له لأنه يمكن أن البحر ألقاها والاصل عدم التملك

(مسئلة) قال (وحفظ وكاءها وعفاصها وحفظ عددها وصفاتها)

الاصل في هذا قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد « اعرف وكاءها وعفاصها » وقال في حديث أبي بن كعب « اعرف عفاصها وكاءها وعددها ثم عرفها سنة » وفي لهظ عن أبي بن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأتيت بها النبي ﷺ فقال « عرفها أخولا » فعرفتها حولاً فلم تعرف فرجعت إليه فقال « اعرف عدتها ووعاءها وكاءها واخلطها بماء » فان جاء ربها فادها إليه « ففي هذا الحديث أنه أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمر بمعرفتها حين التقاطها قبل التعريف وهو الأول ليحصل عنده علم ذلك ، فإذا جاء صاحبها نفعها غالب على غلبه مدقه فيجوز الدفع إليه حينئذ وإن أخر معرفة ذلك إلى حين يجي باغيها جازلان المقصود بمحصل معرفتها حينئذ وإن لم يجي طالبا فأراد التصرف فيها بعد الحزل لم يجز له حتى يعرف صفاتها لأن عينها تنعدم بالتصرف فلا يثبت له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء صاحبها وكذلك إن خلطها بماء على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي ﷺ لأبي بمعرفة صفاتها عند خلطها بماء أمر بإيجاب مضيق وأمره لزيد ابن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط واجبا موسعا والله أعلم ، قل القاضي ينبغي أن يعرف جنسها دراهم أو دنانير ونوعها ، وإن كانت ثيابا عرف لثافتها وجنسها ويعرف قدرها بالسكيل وبالوزن أو بالعدد أو الدرغ ويعرف المقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر أنشودة أو غيرها ويعرف صمام القارورة التي تدخل رأسها وعفاصها الذي تلبسه

فيها فكانت مباحة لا أخذها كالصيد ، وقد روى سعيد عن اسماعيل بن عياش عن معاذ بن عمرو الصدري قال أتني ببحر عدن عنبرة مثل البعير فأخذها ناس بعدن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز فكتب إلينا أن خذوا منها الخمس وأدفعوا اليهم سائرهما وإن باعوكوها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانا يخرجها فقطعناها ثنتين ووزناها فوجدناها ستمائة رطل فأخذنا خمسة ودفعنا سائرهما اليهم ثم اشتريناها بمخمسة آلاف دينار وبعثنا بها إلى عمر فلم يلبث إلا قليلا حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار (فصل) وإن صاد غزالا فوجده مخضوبا أو في عنقه خرزا أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لأن ذلك يدل على أنه كان مملوكا ، قال أحمد فيمن ألقى شبكة في البحر ف وقعت فيها سمكة تجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فإن السمكة له والشبكة يعرفها ويدفعها إلى صاحبها فجعل الشبكة لقطة لأنها مملوكة لآدمي والسمكة لمن صادها لأنها كانت مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتا بقيت على الإباحة ، وهكذا لو نصب فخا أو شركا فوقع فيه صيد من صيود البر فأخذه وذهب به فصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الآلة إلى صاحبها فإن لم يعرف صاحبها فهي لقطة ، وقال أحمد في رجل انتهى إلى شرك فيه حمار وحش أو ظبي قد شارف الموت فخلصه وذبحه فهو لصاحب الحباله وما كان من الصيد في الحباله فهو لمن نصبها ، وإن كان بازيا أو

(فصل) ويستحب أن يشهد عليها حين يجدها تال أحد رحمه الله لا أحب أن يمسه حتى يشهد عليها فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب وأنه إن لم يشهد عليها لاضمان عليه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إذا لم يشهد عليها ضمنها لقول رسول الله ﷺ « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل » وهذا أمر يقتضي الوجوب ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فانه أمرهما بالتعريف دون الأَشْهَاد ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة فلو كان واجبا لبينه النبي ﷺ سيما وقد سئل عن حكم القِطْعَةِ فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتمين حمل الأمر في حديث عياض على النذب والاستحباب ولأنه أخذ أمانة فلم يقتصر إلى الأَشْهَاد كالوديعة، والمعنى الذي ذكره غير صحيح فانه إذا حفظها وعرفها فلم يأخذها لنفسه وفائدة الأَشْهَاد صيانة نفسه عن الطمع فيها وكتما وحفظها من ورثته إن مات ومن غرمائه إن أفلس وإذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها لئلا يفتقر ذلك فيدعيها من لا يستحقها ويذكر صفاتها كما قلنا في التعريف ولكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس النوع قل أحمد في رواية صالح وقد سأله إذا شهد عليها هل يبين كم هي ؟ قال لا ولكن يقول قد أصبت لقطة، ويستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت لها مخافة أن ينساها أن اقتصر على حفظها بقلبه فإن الأسان عرضة النسيان

صقرا أو عقابا وسئل عن بازي أو صقر أو كلب ممل أو فهد ذئب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه وصر في الأرض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فسقط على بائط فدعا رجلا فأجابه قال يرده على صاحبه ، قيل له فان دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاد به ؟ قال يرده على صاحبه فجعله لصاحبه لانه قد ملكه أفلم يزل ملكه عنه بذهابه، والسمة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها ، وكذلك جعل ما وقع في الحباله من الصقر والعقاب لصاحب الحباله ولم يجعله ههنا لمن وقع في شركه لان هذا فيما علم انه قد كان مملوكا لانسان فذهب وانا بعلم هذا بالخبر أو بوجود ما يدل على الملك فيه كوجود السير في رجله أو آثار التعليم مثل استجابته للني يدعوه ونحو ذلك فان لم يوجد ما يدل على انه مملوك فهو لمن صاده لان الاصل إباحته وعدم الملك فيه

(فصل) ومن أخذت ثيابه في الحمام ووجد بدلها أو أخذ مداسه وترك له بدنه لم يملكه بذلك قال أحمد فيمن سرق ثيابه ووجد غيرها لم يأخذها فان أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها انما قال ذلك لان أخذ الثياب لم يقع بينه وبين مالها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فاذا أخذها قد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه ويتصدق به كالصدقة بالقطعة ، قال شيخنا ويحتمل أن ينظر في هذا فان كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيرا من المتروك له وكانت مما لا يشتبه على الآخذ بثيابه ومداسه فلا حاجة إلى التعريف لان التعريف انما جعل على المسال الضائع من ربه ليعلم به ويأخذها ، وتارك هذا عالم به راض ببذله عوضا عما أخذه ولا يعرف انه له فلا يحصل من

(مسئلة) قال (فان جاء ربها فوصفها له دفعت اليه بلائينة)

يعني اذا وصفها بصفات المذكرة دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك الا بينة ولا يجوز له دفعها اليه اذا غلب على ظنه صدقه قال أصحاب الرأي ان شاء دفعها اليه وأخذ كذبا لان النبي ﷺ قال « البينة على المدي » ولان صفة المدعي لا يستحق بها كالمقصوب

ولنا قول النبي ﷺ « فان جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائنها فادفعها اليه » قال ابن المنذر هذا الثابت عن رسول الله ﷺ وبه أقول رواد ابن القصار فان جاء بائنه ووصف عفاصها وعيدها فادفعها اليه وفي حديث زيد الذي ذكرناه « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفاسته فان لم تعرف فاستنقها » وان جاء طالبا يوما من الدهر فأدها اليه يعني اذا ذكر صفاتها لان ذلك هو المذكور في صدر الحديث ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ولو كانت شرطا لافع لم يجز الاخلال به ولا أمر بالدفع بدونه ولان اقامة البينة على القطة تنعذر لانها انما سقطت حال الغفلة والسهو فتوقف دفعها منع لوصفها الى صاحبها أبدا وهذا يفوت مقصود لالة ط ويغني الى تضييع أموال الناس وما هذا سبيله

تعريفه فائدة فاذا ليس بمقصود عليه ولا هو في معنى المنصوص، وفيما يصنع به ثلاثة أوجه (أحدها) يتصدق بها على ما ذكرنا (والثاني) انه يباح له أخذها لان صاحبها في الظاهر تركها له بادلا إياها عوضا عما أخذه فصار كالبيع له أخذها بلسانه فصار كن قهر إنسانا على أخذ ثوبه ودفع اليه درهما (والثالث) يرفعه إلى الحاكم ليبيعه ويدفع اليه ثمنه عوضا عن ماله، ولوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرق ثيابه بمحصل عوض عنها ونفعاً للشارق بالتخفيف عنه من الألم وحفظاً لهذه الاياد المتركة من الضياع، وقد أباح بعض أهل العلم فيمن له على انسان حق من دين او غصب أن يأخذ من ماله بقدر حقه اذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فهنا مع رضا من عليه الحق بأخذه أولى، وان كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب انما أخذها ظناً، انه انما يباح له مثل أن تكون المتركة مثل المأخوذة أو خيراً منها وهي مما تشبه بها فيبغى أن يعرفها ههنا لان صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة، والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كالقطة في المعنى، وبعد التعريف اذا لم تعرف ففيها الالوجه الثلاثة المذكورة لا أننا اذا قلنا يأخذها أو يبيعه الحاكم ويدفع اليه ثمنها فانما يأخذ بقدر قيمة ثيابه من غير زيادة لان الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه فانه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولا رضي بالمعارضة بها وإذا قلنا إنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعه ويدفع اليه ثمنها فله أن يشترها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي

يسقط اعتبار البيئة فيه كالاتفاق على اليتيم والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جداً لان الالتقاط حينئذ يكون تضييعاً لمال المسلم يقينا واتعاباً لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدينه بترك الواجب من تعريفها وما هذا سبيله يجب أن يكون حراماً فكيف يكون فاضلاً وعلى هذا نقول لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه وقول النبي ﷺ «البيئة على المدعي» يعني اذا كان ثم منكر لقوله في سياقه «واليمين على من أنكر» ولا منكرها هنا على أن البيئة تختلف وقد جعل النبي ﷺ بيئة مدعي اللقطة وصفها فاذا وصفها فقد أقام بينته وقياس اللقطة على المفصوب غير صحيح فان النزاع ثم في كونه مفصوباً والاصل عدمه وقول المنكر يعارض دعواه فاحتيج الى البيئة وهنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وان له صاحباً غير من هو في يده ولا مدعي له الا الواصف وقد ترجح صدقه فينبغي أن يدفع اليه

(فصل) فان وصفها اثنان اقرع بينهما فن وقعت له القرعة حلف أنها له وسلمت اليه وهكذا ان أقاماً بينتين اقرع بينهما فن وقعت له القرعة حلف ودفعت اليه ذكره القاضي وقال أبو الخطاب تقسم بينهما لانها تساويان فيما يستحق به الدفم فتساويان فيها كما لو كانت في أيديهما والذي قلناه أصح وأشبه بأصولنا فيما اذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولانها تداعيا عينا في يد غيرهما وتساويان في البيئة أو في عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة كما لو ادعيا وديعة في يد انسان فقال هي لاحد كالأعراف عينا وفارق

(فصل) نقل الفضل ابن زياد عن احمد اذا تنازع صاحب الدار والساكن في دفن في الدار فقال كل منهما انا دفنته يمين كل واحد منهما ما الذي دفن فكل من اصاب الوصف فهو له وذلك لان ما يوجد من الدفن في الارض مما عليه علامة للمسلمين فهو لقطة واللقطة تستحق بوصفها ولان المصيب لا وصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده فكان احق به كما لو تنازعه اجنبيان فوصفه احدهما

(فصل) ومن وجد لقطة في دار الحرب فكان في جيش فقال احمد يعرفها سنه في دار الاسلام ثم يطرحها في المقسم انما عرفها في دار الاسلام لان اموال اهل الحرب مباحة ويجوز ان تكون لمسلم وقد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها ومعناه والله اعلم انه يتم التعريف في دار الاسلام فاما ابتداء التعريف فيكون الجيش الذي هو فيه لانه يحتمل ان تكون لاحد من اموالهم محرمة عليه فاذا لم تعرف ملكها كما فاما ان دخل دارهم بأمان فينبغي ان يعرفها في دارهم لان اموالهم محرمة عليه فاذا لم تعرف ملكها كما فاما في دار الاسلام وان كان في الجيش طرحتها في المقسم بعد التعريف لانه وصل اليها بقوة الجيش فأشبهت مباحات دار الحرب اذا اخذ منها شيئاً فان دخل اليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الاسلام لان اموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمة ويحتمل ان تكون غنيمة له لا تحتاج الى تعريف لان الظاهر انها اموالهم واموالهم غنيمة والله اعلم

ما إذا كانت في أيديهما لأن يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه وإن وصفها إنسان فأقام آخر البيئة أنها له فهي لصاحب البيئة لأنها أقوى من الوصف فإن كان الوصف قد أخذها انتزعت منه وردت إلى صاحب البيئة لأننا تبينا أنها له فإن كان قد هلك فاصحابها تضمين من شاء من الوصف أو الدافع إليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويتخرج أن لا يلزم الملتقط شيء وهذا قول ابن القاسم صاحب مالك وأبو عبيد لأنه فعل ما أمر به لأنه أمين غير مفترط ولا مقصر فلا يضمن كما لو دفعها بأمر الحاكم ولأن الدفع واجب عليه فصار الدفع بغير اختياره فلم يضمنها كما لو أخذها كرها

ولنا أنه دفع مال غيره إلى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الوديعة إلى غير مالكها إذا غلب على ظنه أنه مالكها فأنما إن دفعها بحكم حاكم لم يملك صاحبها مطالبة الدافع لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها غاصب ومتى ضمن الوصف لم يرجع على أحد لأن العدوان منه والتلف عنده فإن ضمن الدافع رجع على الوصف لأنه كان سبب تعريضه إلا أن يكون الملتقط قد أقر الوصف أنه صاحبها ومالكها فإنه لا يرجع عليه لأنه اعترف أنه صاحبها ومستحقها وإن صاحب البيئة ظلمه بتضمينه فلا يرجع به على غيره من ظلمه وإن كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه أياها رجع على الوصف بما غرمه وليس للمالكها تضمين الوصف لأن الذي قبضه إنما هو مال الملتقط لا مال صاحب اللقطة بخلاف ما إذا سلم العين فأما إن وصفها إنسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وأدعاهم

(مسئلة) وهي على ثلاثة أضرب (حيوان) فيخبر بين أكله في الحال وعليه قيمته وبين بيعه وحفظه وبين تركه والاتفاق عليه من ماله وهل يرجع به ؟ على وجهين وجملة ذلك إن ملتقط الشاة وما كان مثلاً مما يباح أكله يتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء (أحدها) أكلها في الحال وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وغيرهم قال ابن عبد البر اجمعوا على أن ضالة الغنم في الموضع المحرّف عليها له أكلها أقول النبي ﷺ «هي لك أولاخيك أو لذئب» جعلها له في الحال وسوي بينه وبين الذئب والذئب لا يؤخر أكلها ولأن في أكلها في الحال اغناء عن الاتفاق عليها وحرصه لمايتها على صاحبها إذا جاء فإنه يأخذ قيمتها بكاملها وفي إبقائها تضيق المال بالاتفاق عليها والغرامة في علفها فكان أكلها أولى وإذا أراد أكلها حفظ صفتها فتي جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم وقال مالك كذا ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها القول رسول الله ﷺ «هي لك» ولم يوجب فيها تعريفاً ولا غرمًا ولأنه سوي بينه وبين الذئب والذئب لا يعرف ولا يعرف قال ابن عبد البر لم يوافق مالك أحد من العلماء على قوله وقول النبي ﷺ في حديث عبد الله ابن عمر «ورد على أخيك ضالته» دليل على أن الشاة على ملك صاحبها ولأنها لقطة لها قيمة وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها إذا جاء كغيرها ولأنها ملك لصاحبها فلم يجوز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت بين البنيان ولأنها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا تلفها كلقطة الذهب وكون النبي ﷺ قال «هي لك» لا يمنع وجوب غرامتها فإنه قد اذن في لقطة

يستحق شيئا لأن الأول استحقها لوصفه إياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي انزعاعها منه فوجب ابقاؤها له كسائر ماله

(نصل) ولو جاء مدع للقطة فلم يصفها ولا أقام بينة أنها له لم يحز دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه لأنها أمانة فلم يحز دفعها اليه من لم يثبت أنه صاحبها كالوديعة فإن دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بينة لزم الوصف غرامتها له لأنه فوتها على مالكها بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لأنه أخذ مال غيره ولعاصيها نضمن أخذها فاذا ضمنه لم يرجع على أحد وان لم يأت أحد يدعيها فلا يلتقط مطالبة أخذها به لأنه لا يأمن من محبي صاحبها فيقرمه إياها ولأنها أمانة في يده فلك أخذها من غاصبها كالوديعة

(مسئلة) (قال أو مثلها ان كانت قد استهاكت)

وجملة ذلك أن القطة في الحول أمانة في يد الملتقط ان تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنها ماله ملكه وان ألتفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها ان كانت من ذوات الامثال وقيمتها ان لم يكن لها مثل لا أعلم في هذا خلافا وان تلفت بعد الحول ثبت في ذمتها مثلها أو قيمتها بكل حال لأنها دخلت في ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط في حفظها أو لم يفرط وان وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول

الذهب والورق بعد تعريفها في أكلها وانفاقها وقال دهي كسائر ماله ثم اجمعنا على وجوب غرامتها كذلك الشاة ولا فرق في إباحة أكلها بين وجدانها في الصحراء أو في المصر وقال مالك وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الشافعي ليس له أكلها في المصر لأنه يمكن بيعها بخلاف الصحراء

وانا أن ما جاز أكله في الصحراء جاز في المصر كسائر المأكولات ولأن النبي ﷺ قال هي لك ولم يستفصل ولأن أكلها معال بما ذكرنا من الاستغناء عن الاتفاق عليها وهذا في المصر أشد منه في الصحراء (الثاني) تركها والاتفاق عليها من ماله ولا يملكها فان تركها ولم ينفق عليها ضمنها لأنه فرط فيها وان أنفق عليها متبرعا لم يرجع على صاحبها فان أنفق بنية الرجوع على صاحبها واشهد على ذلك رجوع عليه بما أنفق في إحدى الروايتين نص عليه أحمد في رواية المروزي في طيرة أفرخت عند قوم فقضى أن الفراخ لصاحب الطيرة ويرجع بالملف اذا لم يكن متطوعا وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها فجاء ربها فانه يقرم له ما أنفق وذلك أنه أنفق على القطة لحفظها فكان من مال صاحبها كونه تجفيف الرطب والعنب، (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز لأنه أنفق على مال غيره بغير اذنه فلم يرجع به كما لو بنى داره ويفارق العنب والرطب فانه قد يكون تجفيفه والاتفاق عليه أحظ لصاحبه لأن النفقة عليه لا تتكرر والحيوان يتكرر الاتفاق عليه فربما استغرق ثمنه فكان يبعه واكله أحظ فلذلك لم يرجع

أخذ العين وارش نقصها لان جميعها مضمون اذا تلفت فكذلك اذا نقصت وهذا قول أكثر العلماء
الذين حكموا بملكها بمضي حول التعريف وأما من قال لا يملكها حتى يتملكها لم يضمه إياها حتى
يتملكها وحكمها قبل تملكها إياها حكمها قبل مضي حول التعريف ، ومن قال لا تملك الاقطة بحال لم
يضمه إياها وبهذا قال الحسن والنخعي وأبو مجلز والحارث العكلي ومالك وأبو يوسف قالوا لا يضمن
وإن ضاعت بعد الحول وقد ذكرنا فيما تقدم دليل دخولها في ملكه ، وقال داود اذا تملك العين
وأ تلفها لم يضمها

وحكي ابن أبي موسى عن أحمد انه لوح الى مثل هذا القول لحديث عياض بن حمار عن النبي
ﷺ انه قال « فان جاء ربها والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » فجعله مباحا . وقوله في حديث أبي
ابن كعب فان جاء من يعرفها والا فهي كسبيل مالك . وفي حديث زيد « فان جاء صاحبها والا
فشأنك بها » وروي فهي لك ولم يأمره برد بدلها

ولنا قول النبي ﷺ « فان لم تعرف فاستغفها وتسكن ودبعة عندك فان جاء طالبها يوما من
الدهر فادفعها اليه » وقال الاثرم قال أحمد اذهب الى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يروه أحد
مثل ما رواه « ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أفتقها ردها اليه » لانها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزمه
ضمانها اذا تلفها كما قبل الحول ولانه مال معصوم فلم يجز اسقاط حقه منه مطلقا كما لو اضطر الى مال

المتفق عليها بما انفق (الثالث) بيعها وحفظ ثمنها لصاحبها وله ان يتولى ذلك بنفسه وقال بعض اصحاب
الشافعي يبيعها باذن الامام

ولنا انه اذا جاز له اكلها من غير اذن فبيعها أولى ولم يذكر اصحابنا لها تعريفا في هذه المواضع
وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « خذها فانما هي لك او لاختك او لذئب » ولم يأمر بتعريفها
كما أمر في لقطة الذهب والورق

ولنا انها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالطعوم الكثير وانما ترك ذكر تعريفها لانه ذكرها
بعد بيان التعريف فيما سواها فاستغني بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول
سموط تعريفها كالطعوم واذا أراد بيعها أو أكلها لزمه حفظ صفاتها الحديث زيد بن خالد وسند كره ان شاء الله
(فصل) واذا اكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزلها لعدم الفائدة فيه فانما الانتقال من الذمة
في المال المعزول ولو عزل شيئا ثم افلس كان صاحب اللقطة اسوة الغرماء ولم يختص بالمال المعزول فأما
ان باعها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها اخذها ولم يشاركه فيه أحد من الغرماء لانه عين ماله ولا شيء
للفلس فيه فهو كالودبعة

(مسئلة) (الثاني) ما يخشى فساده فيخير بين بيعه وأكله ان كان مما لا يمكن تجفيفه كالنأكة التي
لا تجفف والطبخ والبطيخ والخضروات فهو غير بين اكله وبيعته وحفظ ثمنه ولا يجوز ابقاؤه لانه يتلف

غيره ، وإن وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة أخذها بزيادتها لأنها تتبع في الرد بالعيب والافالة فتبعته ههنا ، وإن حدث بعد الحول لها ناء منفصل فهو الملتقط لانه ناء مائة متميز لا يتبع في الفسوخ فكان له كناء المبيع اذا رد بعيب

وذكر أبو الخطاب فيه وجها آخر بناء على المفلس اذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة والولد اذا استرجع أبوه ما وهب له بعد زيادته والصحيح أن الزيادة للملتقط لما ذكرناه وكذلك الصحيح في الموضعين اللذين ذكرهم أن الزيادة لمن حدثت في مائة ثم الفرق بينهما أنه في مسئلتنا يضمن النقص فتكون له الزيادة ليكون الخراج بالضمان ثم لا ضمان عليه فأمكن أن لا يكون الخراج له والله أعلم ومتى اختلفا في القيمة أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه لان الاصل براءة ذمته مما حلف عليه

(فصل) وإن وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوه لم يكن له الرجوع فيها وله أخذ بدلها لان تصرف الملتقط وقع صحيحا لكونها صارت في ملكه وإن صادفها قدرجعت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لانه وجد عين ماله في يد ملتقطه فكان له أخذه كالزوج اذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع الى المرأة وسائر أحكام الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا أخذ القطة ثم ردها الى موضعها ضمنها . روي ذلك عن طاوس وبه قال الشافعي

فان تركه حتي تلف ضمنه لانه فرط في حفظه فهو كالوديعة فان أكله ثبتت القيمة في ذمته على ما ذكرنا في الشاة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وله ان يتولى بيعه بنفسه وقال اصحاب الشافعي ليس له بيعه الا باذن الحاكم فان عجز عنه جاز البيع بنفسه لانه حال ضرورة فأما مع القدرة على استئذانه فلا يجوز من غير اذنه لانه مال معصوم لا ولاية عليه فلم يجوز لغير الحاكم بيعه كغير الملتقط

ولنا انه مال ابيع للملتقط اكله فأبيع له بيعه كاله ومتي اراد بيعه أو أكله حفظ ضمانه ثم عرفه عاما على ما ذكره فان تلف الثمن قبل تملكه من غير تفريط أو نقص أو تلفت العين أو نقصت من غير تفريط فلا ضمان عليه وان تلف أو نقص بتفريطه أو تلفت القطة بتفريطه فعليه ضمانه وكذلك ان تلف بعد تملكه أو نقص وان كان مما يمكن تجفيفه كالعنب والرطب فينظر ما فيه الحظ للمالكه فان كان في التجفيف فعله ولم يكن له الا ذلك لانه مال غيره فترمه ما فيه الحظ لصاحبه كولي اليتيم

(مسألة) (وغرامة التجفيف منه وله يعم بعضه في ذلك)

لانه موضع حاجة فان انفق من ماله رجع به لان النفقة ههنا لا تكرر بخلاف نفقة الحيوان فانها تكرر فربما استوعبت قيمته فلا يكون لصاحبها حظ في امساكها الا باسقاط النفقة وان كان الحظ في بيعه باعه وحفظ ثمنه كالطعام الرطب فان تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين اكله كالطبيخ وإن كان اكله انفع لصاحبه فله اكله ايضا قال شيخنا وبقتضي قول اصحابنا ان العروض لا يملك بالتعريف وان هذا كله لا يجوز له اكله لكن ينخير بين

وقال مالك لا ضمان عليه لما روى الاثرم عن القعنبي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ثابت بن الضحاك عن عمر انه قال لرجل وجد بعيراً أرسله حيث وجدته ، ولما روي عن جرير ابن عبد الله أنه رأى في بقره بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت

ولنا أنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها فإذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الودبة ولأنها لما حصلت في يده لزمه حفظها وتركها تضيعها فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لا تحل ، فأما مالا يحل التقاطه إذا أخذه فيحتمل أن له رده الى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار ولأنه كان واجبا عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد أخذه وبمحتمل أن لا يبرأ من ضمانه برده فانه دخل في ضمانه فلم يبرأ من ضمانه برده الى مكانه كالمسروق وما يجوز التقاطه فعلى هذا لا يبرأ الا برده إلى الامام أو نائبه . وأما عمر فهو كان الامام فإذا أمر برده كان كأخذه منه وحديث جرير لا حاجة فيه لانه لم يأخذ البقرة ولا أخذها غلامه انما لحقت بالبقرة من غير فعله ولا اختياره

(فصل) وإن ضاعت المقتطة من ملقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لأنها أمانة في يده فأشبهت الودبة فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الاول فعليه ردها اليه لانه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول ذلك بالضياح فان لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا ملكها لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فيثبت الملك به كالاول ولا يملك الاول انتزاعها لان الملك مقدم

الصدقة به وبين بيعه وقد قال احمد فيمن وجد في منزله طعاما لا يعرفه : يعرفه ما لم يخش فساده فان خشي فساده تصدق به فان جاء صاحبه غرمه وكذلك قال مالك واصحاب الرأي في لقطة ما لا يبقى سنة يتصدق به وقال الثوري ببيعته ويتصدق بثمنه

ولنا على جواز اكله قول النبي ﷺ في ضالة الغنم «خذوها فانها هي لكم اولا خيك اولا ذئب» وهذا تجوز للاكل فاذا جاز اكل ما هو محفوظ بنفسه فما يفسد ببقائه اولى وعن احمد انه يبيع اليسير وبرغم الكثير الى الحاكم لان الكثير مال لغيره لم يأذن له في بيعه فيكون امره الى الحاكم واما اليسير فتدخله المسامحة ويشق رفعه الى السلطان وربما تضيع عند السلطان

(مسألة) (الثالث) سائر المال فيلزمه حفظه ويعرف الجميع بالنداء عليه في مجامع الناس كلاسواق وابواب المساجد في اوقات الصلوات حولا كاملا من ضاع منه شيء او نفقة واجرة المتأدي عليه (وجملة ذلك ان في التعريف فصولا ستة في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه ومن يتولاه وكيفيته اما وجوبه فهو واجب على كل ملقط سواء اراد تملكها او حفظها لصاحبها الا في اليسير الذي لا تتبعه النفس وقد ذكرناه وقال الشافعي لا يجب على من اراد حفظها لصاحبها

ولنا ان النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق ولان حفظها لصاحبها انما فائدته ايصالها اليه وطريقه التعريف اما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها الى صاحبها فهو وهلاكها سببا ولان امساكها

على حق التملك واذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني وليس له مطالبة الاول لانه لم يفرط ، وإن علم الثاني بالاول فردها اليه فأبى أخذها وقال عرفها أنت فعرفها ملكها أيضاً لان الاول ترك حقه فسقط وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو مستتيب له في التعريف وبملكها الاول لانه وكله في التعريف فصح كما لو كانت في يد الاول ، وإن قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي ، وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الاول احتمال وجهين (أحدهما) يملكها لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول في تعريفها لنفسه (والثاني) لا يملكها لان ولاية التعريف للاول أشبه مالهو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم اذا علم الثاني بالاول فعرفها ولم يعلم بها ويشبه هذا المنحجر في الموات اذا سبقه غيره الى ما حجرة فأحياء بهير اذنه ، فأما ان غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجهاً واحداً لانه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها فان الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ويفارق هذا ما اذا التقطها ثان فانه وجد منه الالتقاط والتعريف

(فصل) ومن اصطاد سمكة فوجد فيها درة فهي لقصيد لان الدر يكون في البحر بدليل قول الله تعالى (ونستخرجون منه حلية تلبسونها فتكون لأخذها فان باعها الصياد وام يعلم فوجدتها المشتري في بطنها فهي لقصيد نص عليه أحمد لانه اذا لم يعلم ما في بطنها فلم يبعه ولم يرض بزوال ملكه عنه فلم

من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز كردها الى موضعها او القائها في غيره ولانه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لان بقاها في مكانها اذا اقرب الى وصولها الى صاحبها اما ان يطلبها في الموضع الذي ضاعت منه فيجدها واما بان يأخذها من يعرفها واخذ هذا لها يفوت الامرين فيحرم فلما جاز الالتقاط لزم وجوب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر ولان التعريف واجب على من اراد تملكها وكذلك من اراد حفظها فان التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة اليه فيلزم ان يكون الوجوب في المحل المتفق عليه لصيانتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع

(الفصل) الثاني في قدر التعريف وذلك سنة روي ذلك عن عمر وعلى وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والشعبي ومالك والشافعي واصحاب الرازي وروي عن عمر رواية اخري يعرفها ثلاثة اشهر وعنه ثلاثة اعوام لان ابي ابن كعب روي ان النبي ﷺ امره بتعريف مائة الدينار ثلاثة اعوام وقال ابو ايوب الهاشمي مادون الخمسين درهما يعرفها ثلاثة ايام الى سبعة ايام وقال الحسن بن صالح مادون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة ايام وقال الثوري في الدرهم يعرفه اربعة ايام وقال اسحق مادون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها وروي ابو اسحق الجوزجاني باسناده عن يعلى بن امية قال : قال رسول الله ﷺ من التقط درهما او حبلا او شبه ذلك فليعرفه ثلاثة ايام فان كان فوق ذلك فليعرفه سبعة ايام ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح فان النبي ﷺ امره بعام واحد ولان السنة لا تأخر عنها

يدخل في البيع كن باع داراً له مال مدفون فيها، وإن وجد في بطنها عنبرة أو شيئاً مما يكون في البحر فهو للصيد لما ذكرنا وحكمه حكم الجوهرة، وإن وجد دراهم أو دنانير فهي لقطة لأن ذلك لا يخلق في البحر ولا يكون إلا لآدمي فيكون لقطة كما لو وجد في البحر، وكذلك الحكم في الدرّة إذا كان فيها أثر لآدمي مثل أن تكون مثقوبة أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرها فإنها تكون لقطة لا يملكها الصيد لأنها لم تقع في البحر حتى تثبت اليد عليها فهي كالدينار، وكذلك الحكم في العنبرة إذا كانت موصولة بذهب أو فضة أو مصنوعة كالنفاحة مثقوبة ونحو ذلك مما لا يخلق عليه في البحر فهي لقطة، وإن وجدها الصيد فعليه تعريفها لأنه ملتهقطها، وإن وجدها المشتري فالتعريف عليه لأنه واجدها ولا حاجة إلى البداية بالبائع فإنه لا يَحْتَمَلُ أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيدها وملك الصيد لما فاستوى هو وغيره فأما إن اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهي لقطة يعرفها ويبدأ بالبائع لأنه يَحْتَمَلُ أن تكون ابتلعتها في ملكه فيبدأ به نقولنا في مشتري الدار إذا وجد فيها مالا مدفوناً، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر والعين فحكمها حكم الشاة في أن ما وجد في بطنها من ذلك فهو لقطة درة كانت أو غيرها لأن ذلك لا يكون إلا في البحر بحكم العادة، ويَحْتَمَلُ أن تكون الدرّة للصيد لقول الله تعالى (ومن كل تأكلون لحماً طرياً وتستخرجون حليه تلبسونها)

القوافل ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدراً كدّة أجل العنين فأما حديث أبي فقد قال الراوي لا أدري ثلاثة أعوام أو عام واحد قال أبو داود شك الراوي في ذلك وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه وحديث زيد وأبي أصبح منه وأولى إذا ثبت هذا فإنه يجب أن تكون هذه السنة نبي الالتقاط وتكون متوالية لأن النبي ﷺ أمر بتعريفها حين سئل عنها والأمر يقتضي الفور ولأن القصد بالتعريف وصول الخبر إلى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متوالياً لأن صاحبها في الغالب إنما يطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به

(الفصل الثالث) في زمانه وهو النهار دون الليل لأن النهار مجمع الناس وملتقاهم بخلاف الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها والأسبوع لأن الطالب فيه أكثر ولا يجب فيها بعد ذلك متواليًا وقد روي الجوزجاني بإسناده عن معاوية بن عبد الله بن بدر المهني قال نزلنا من أركب فوجدت خرقه فيها قريب من مائه دينار فجئت بها إلى عمر فقال عرفها ثلاثة أيام على باب المسجد ثم أمسكها حتى قرن السنة ولا يقدم من ركب إلا انشدتها وقلت القذهب بطريق الشام ثم شأنك بها

(الفصل الرابع) في مكانه وهو الأسواق وأبواب المساجد والجوامع في الوقت الذي يجتمعون فيه كادبار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تحري مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد ولأن المسجد لم يبن لهذا وروى

(فصل) وإن وجد عنبرة على ساحل البحر فهي له لانه يمكن أن يكون البحر ألقاها والاصل عدم الملك فيها فكانت مباحة لآخذها كالصيد . وقد روى سعيد قال حدثنا اممايل بن عياش عن معاوية ابن عمرو العبدي قال ألقى بحر عدن عنبرة مثل البعير فأخذها ناس بعدن فكتب إلى عمر بن عبدالعزيز فكتب اليانا أن خذوا منها الخمس وادفعوا اليهم سائرها ، وإن باعوكوها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزانا يخرجها فقطعناها باثنين ووزناها فوجدناها ستمائة رطل فأخذنا خمسها ودفعنا سائرها اليهم ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار وبعينا بها إلى عمر بن عبد العزيز فلم يلبث الا قليلا حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار

(فصل) وإن صاد غزالا فوجده مخضوبا أو في عنقة حرز أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لان ذلك دليل على أنه كان مملوكا ، وقال أحمد فيمن القى شبكة في البحر فوقع فيها سمكة فنجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فان السمكة لاذي حازها والشبكة يعرفها ويدفعها إلى صاحبها فجعل الشبكة لقطة لانها مملوكة لآدمي والسمكة لمن صاها لانها كانت مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتا فثبتت على الاباحة ، وهكذا لو نصب فخا أو شركا فوقع فيه صيد من صيود البر فأخذه وذهب به وصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الآلة إلى صاحبها فهي لقطة يعرفها . وقال احمد في رجل انتهى إلى شرك فيه حمار وحش أو ظبية قد شارف الموت فخلصه وذبحه: هو لصاحب الاحبولة وما كان من الصيد في الاحبولة فهو لمن نصبها ، وإن كان بازيا أو صقرا أو عقابا، وسئل عن بازي أو صقر أو كلب معلم أو فهد ذهب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه ومروا في

أبو هريرة عن النبي ﷺ انه قال من سمع رجلا يشد ضالته في المسجد فليقل لاردها الله عليك فان المساجد لم تبين لهذا وأمر عمر وأجد القطة بغيرها على باب المسجد .

(الفصل الخامس) في كيفية تعريفها فيذكر جنسها لا غير فيقول من ضاع منه ذهب أو فضة أو أو دراهم أو دنانير أو ثياب ونحو ذلك لقول عمر رضي الله عنه لو اجد الذهب قل الذهب بطريق الشام ولا تصفها لانه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعه فلا تبقى صفتها دليلا على ملكها لمشاركة من يسمعه للمالك في ذلك ولانه لا يأمن ان يدعيها من سمع صفتها أو يذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها فتفوت على مالكها (الفصل السادس) فيمن يقرلى تعريفها وللمتقط تولي ذلك بنفسه وان يستنقب فيها فان وجد متبرعا بذلك والا استأجر والاجرة على المتقط وبهذا قل الشافعي واصحاب الرأي واختار ابو الخطاب انه ان قصد حفظها المالك ادون تملكها رجم بالاجرة عليه وكذلك قال ابن عتيل فيما لا يملك بالتعريف لانه من مؤنة ايصالها إلى مالكها فكان على مالكها مؤنة تجفيفها واجرة مخزنها ولنا ان هذا اجر واجب على المعرف ولانه لو وليه بنفسه لم يكن له اجر على صاحبها فكذلك

الارض حتى آتى لذلك أيام فأنى قرية فسقط على حائط فدعاه رجل فأجابته قال يردّه على صاحبه قيل له فان دعاه فلم يجبه فنصب له شركا فصاده به ؟ قال يردّه على صاحبه فجعل هذا لصاحبه لانه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذهابه عنه والسمكة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها وكذلك جعل ما وقع في الحيوالة من البازي والصقر والعقاب لصاحب الحيوالة ولم يجعله ههنا لمن وقع في شركه لان هذا فيما علم انه قد كان مملوكا لانسان فذهب وانما يعلم هذا بالخبر أو بوجود ما يدل على الملك فيه مثل وجود السير في رجله واثار التعلم مثل استجابته للذي يدعوه ونحو ذلك ، ومتى لم يوجد ما يدل على أنه مملوك فهو لمن اصطاده لان الاصل عدم الملك فيه واباحته

(فصل) ومن أخذت ثيابه من الحمام ووجد بدلها وأخذ مداسه وترك له بدله لم يملكه بذلك قال ابو عبدالله فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها : لم يأخذها فان أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها ، انما قال ذلك لان سارق الثياب لم يخرج بينه وبين مالها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فاذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه كالقطة ، ويحتمل أن ينظر في هذا فان كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيرا من المتروكة وكانت مما لا تشبه على الاخذ بثيابه ومداسه فلا حاجة إلى التعريف لان التعريف انما جعل في المال الضائع عن ربه ليعلم به ويأخذه وتارك هذا عالم به راض ببذله عوضا عما أخذه ولا يعترف أنه له فلا يحصل في تعريفه فائدة فاذا هو ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص وفيما يصنع بها ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يتصدق به على ما ذكرنا

إذا استأجر عليه ولأنه سبب الملك فكان على الملتقط كالمقصود ملكها ، وقال مالك ان اعطى منها شيئا لمن عرفه فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئا لمن حفظها وقد ذكرنا الدليل على ذلك

(فصل) اذا أخر التعريف عن الحول الاول مع امكانه اثم لان النبي ﷺ امر به فيه والامر يقتضي الوجوب وقال في حديث عياض ابن حمار « لا تسكنم ولا تغيب » ولان ذلك وسيلة الى ان لا يعرف صاحبها لان الظاهر انه بعد الحول يسأل عنها ويأس فيترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الاول في المنصوص عن احمد لان حكمة التعريف لا تحصل بعده فان تركه في بعض الحول عرف بقيته ويتخرج ان لا يسقط التعريف بتأخيره لانه واجب فلا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات ولان التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نعمت من التصور فيجب الاتيان به لقول النبي ﷺ « اذا امرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » فلي هذا اذا أخر التعريف بعض الحول اتى بالتعريف في بقيته وأما من الحول الثاني وعلى كلا القولين لا يملكها بالتعريف فيما عد الحول الاول لان شرط الملك التعريف فيه ولم يوجد ولذلك لو ترك التعريف في بعض الحول الاول لا يملكها بالتعريف بعده لان الشرط لم يكمل وعدم بعض الشرط كعدم جميعه كما لو اختل بعض الطهارة في الصلاة فأما إن ترك التعريف في الحول الاول لم يجزه عنه كالزبيض والمحبوس أو لئسيان ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) حكمه

(الثاني) أن يباح له أخذها لان صاحبها في الظاهر تركها له باذلا إياها له عوضا عما أخذه فصار كالبيع له أخذها بلسانه فصار كن قهر انسانا على أخذ ثوبه ودفع اليه درهما
(الثالث) أنه يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها عوضا عن ماله . والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرق ثيابه بمحصول عوض عنها ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الأثم وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على انسان حق من دين أو غصب أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فهناهم رضا من عليه الحق بأخذه أولى ، وان كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ لثياب انما أخذها ظناً منه أنها ثيابه مثل أن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة او مثلها وهي مانسوبة بها فينبغي أن يعرفها ههنا لان صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة منه والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كالقطة في المعنى وبعد التعريف إذا لم تعرف ففيها الالوجه التي ذكرناها إلا أننا إذا قلنا بأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع اليه ثمنها فأنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه لا يزيد عليها لان الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه فانه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولا رضي بالمعاوضة بها ، وإذا قلنا إنه يدفعها الى الحاكم ليبيعها ويدفع اليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي والله أعلم

(فصل) قال احمد فيمن عنده رهون قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها يبيعها ويتصدق بثمنها فان جاء صاحبها غرمها له وهذا محمول على من استوفى دينه التي رهن الرهن بها فاما من لم يستوف

حكم من تركه لغير عذر لان تعريفه في الحول الاول سبب الملك والحكم ينتفي لانما سببه سواء انتفي لعذر او لغيره والثاني يملكها بالتعريف في الحول الثاني لانما يؤخره عن وقت امكانه اشبه تعريفها في الحول الاول

(مسألة) فان لم تعرف دخلت في ملكه بعد الحول حكماً كالبراث نص عليه احمد في رواية الجماعة وهو ظاهر كلام الحرقى اتوله والا كانت كسائر ماله وعند أبي الخطاب لا تدخل ملكه حتي يختارواختلف اصحاب الشافعي فقال بعضهم كقولنا وقال قوم يملكها بالنية ومنهم من قال يملكها بقره اخترت ملكها ومنهم من قال لا يملكها الا بقوله والتصرف فيها لان هذا ملك بعرض فلم يحصل الا باختيار المملك كالتقراض

ولنا قول النبي ﷺ (فان جاء صاحبها والا نهي كسائر ماله) وقوله (فاستنفقها) ولو وقف ملكها على تملكها لبيته له ولم يجوز له التصرف قبله وفي لفظ كسائر ماله وهذه الالفاظ كلها تدل على ما قلنا ولان الالتقاط والتعريف سبب للملك فاذا تم وجب أن يثبت به الملك حكماً كالأحياء والاصطياد ولانه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله ولا اختياره كسائر الاسباب وذلك لان المكلف ليس اليه

دينه فان كان قد أذن له في بيعها بآءها واستوفى دينه من ثمنها ونصدق بالباقي وان لم يكن أذن له في بيعها رفعها الى الحاكم ليبيعه ويقبضه حقه من ثمنها ويتصدق بباقيه .

(فصل) نقل الفضل بن زياد عن احمد إذا تنازع صاحب الدار والساكن في دفن في الدار قتال كل واحد منهم أنا دفته بين كل واحد منهما ما الذي دفن فكل من أصاب الرصف فهو له وذلك لان ما يوجد في الارض من الدفن مما عليه علامة المسلمين فهو لقطة والقطة تستحق بوصفها ولان المصيب لوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده فكان أحق به كما لو تنازعه اجنبيان فوصفه أحدهما

(فصل) ومن وجد لقطة في دار الحرب فان كان في الجيش فقال أحمد يعرفها سنة في دار الاسلام ثم بطرحها في المقسم انما عرفها في دار الاسلام لان أموال أهل الحرب مباحة ويجوز أن تكون لمسلم ولأنه قد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها وعنايه والله أعلم يتم التعريف في دار الاسلام فأما ابتداء التعريف فيكون في الجيش الذي هو فيه لانه يحتمل أن تكون لأحدهم فإذا قتل أتم التعريف في دار الاسلام فأما ان كان دخل دارهم بأمان فينبغي أن يعرفها في دارهم لان أموالهم محرمة عليه فإذا لم تعرف ملكها كما يملكها في دار الاسلام ، وان كان في الجيش طرحها في المقسم بعد التعريف لانه وصل اليها بقوة الجيش فأشبهت مباحات دار الحرب اذا أخذ منها شيئاً ، وان دخل اليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الاسلام لان أموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمة ويحتمل أن تكون غنيمة له لاحتياج إلى تعريف لان الظاهر أنها من أموالهم وأموالهم غنيمة

الامباشرة الاسباب فإذا أثبت الحكم قهر أو جبر من الله عز وجل غير موقوف على اختيار المكلف فأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت الملك بدونه فعلى هذا لو التقطها اثنان فعرفها حولا ملكها جميعاً فان قلنا يقف الملك على الاختيار فاختر أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها وحده (فصل) فان رأياها معاً فأخذها أحدهما وحده أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لأخذها لان استحقاقها بالاخذ لا بالرؤية كالاصطياد وان قال أحدهما لصاحبه هاها فأخذها لنفسه فهي له دون الآخر وان أخذها الآخر فهي له كالأول في الاصطياد له

(فصل) ومتى عرف اللقطة حولا فلم تعرف ملكها غنياً كان أو فقيراً روي ذلك عن عمرو ابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وبه قال عطاء والشافعي واسحق وابن المنذر وروي عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة نحو ذلك، وقال مالك والحسن بن صالح والثوري وأصحاب الرأي: يتصدق بها فإذا جاء صاحبها خير بين الاجر والغرم لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه سئل عن اللقطة فقال « عرفها حولا » وروي ثلاثة أحوال « فان جاء ربهها ولا تصدق بها فإذا جاء ربهها فبزي بالاجر والا غرمها » ولأنها مال لمعصوم لم يرز بزوال ملكه عنها ولا يوجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها قالوا وليس له أن يملكها الا أن أبا حنيفة قال له ذلك ان كان فقيراً من غير ذوي القربى

﴿مسئلة﴾ قال (وإن كان الملتقط قد مات فصاحبها غريم بها)

وجملة ذلك أن الملتقط اذا مات والقطة موجودة بعينها قام وارثه مقامه في إتمام تعريفها إن مات قبل الحول ويملكها بعد إتمام التعريف ، فان مات بعد الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث فان كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن كذلك فيأخذ ذلك من تركته ان اتسعت لذلك ، وإن ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لأنها قد دخلت في ملكه بمضي الحول ، وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها لأنها أمانة في يده تلفت بغير تفريط فلم يضمها كالوديعة ، وكذلك ان تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تفريط على رأي من رأى أنها لا تدخل في ملكه حتى يملكها وقد مضى الكلام في ذلك فاما ان لم يعلم تلفها ولم يجدها في تركته فظاهر كلام الحرقى أن صاحبها غريم بها سواء كان قبل الحول أو بعده لان الاصل بقاؤها ، ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء وبسقط حق صاحبها لان الاصل براءة ذمة الملتقط منها ويحتمل أن تكون تلفت بغير تفريطه فلا نشغل ذمته بالشك ، ويحتمل أنه ان كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لأنها كانت أمانة عنده ولم تعلم جنايته فيها والاصل براءة ذمته منها ، وإن مات بعد الحول فهي في تركته لان الاصل بقاؤها الى ما بعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه فان قيل فقد قلتم ان صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط لها أو هبته لم يكن له الا بدلها فلم قلتم انها اذا اثبتت الى الوارث بملك صاحبها أخذها قلنا لان الوارث خليفة الموروث وانما اثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتا لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعا مشروطا بعدم معي صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والمنهب فانهما يملكان ملكا مستقرا

لما روي عياض بن حمار الجاشعي أن النبي ﷺ قال « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » رواه النسائي قالوا وما يضاف الى الله تعالى انما يملكه من يستحق الصدقة ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول فانكره الحلال وقال ليس هذا مذهبا لاحد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد « فان لم تعرف فاستنقها » وفي لفظ « وإلا فهي كسائر مالك » وفي لفظ « ثم كلها » وفي لفظ « فاستنق بها » وفي لفظ « فشا نك بها » في حديث أبي بن كعب وفي لفظ « فاستمنع بها » وهو حديث صحيح ولان من ملك بالقرض ملك القطة كالفقير ومن جازله الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ولا نقل في كتاب يعتمد عليه ولا به ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف الى الله تعالى لا يملكه الا من يستحق الصدقة

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً معلوماً فله أخذه إن كان النقطها بعد أن بلغه الجمل)

وجملة ذلك أن الجمالة في رد الضالة والآبق وغيرها جائزة وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً والاصل في ذلك قول الله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم . وروى أبو سعيد أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقرؤهم فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق ؟ فقالوا لم تقرؤنا فلا ننفل حتى نجعلوا لنا جملاً فجعلوا لهم قطعاً شياً فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فأتوهم بالشاء فقالوا لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ فسألوا النبي ﷺ فقال « وما أدراك انهارقية ؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم » رواه البخاري ولأن الحاجة تدعو الي ذلك فان العمل قد يكرن مجهولاً كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ولا تنعقد الاجارة فيه والحاجة داعية الى ردها وقد لا يجد من يتبرع به فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجمل فيه مع جهالة العمل لانها غير لازمة بخلاف الاجارة ألا ترى أن الاجارة لما كانت لازمة افقرت الى تقدير مائة والعقود المجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ولأن المجائزة لكل واحد منها تركها فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده بخلاف اللازمة . اذا ثبت هذا فاذا قال من رد علي ضالتي أو عبدي الآبق أو خاط لي هذا القميص أو بنى لي هذا الخائط فله كذا وكذا صح وكان عقداً جائزاً لكل واحد منها الرجوع فيه قبل حصول العمل لكن إن رجم الجاعل قبل التلبس لها وبطلانها ظاهر فان الاشياء كلها تضاف الى الله تعالى خلقاً وملئاً قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

﴿ مسألة ﴾ (وعن أحمد لا يملك الا الاثمان وهو ظاهر المذهب وهل له الصدقة بغيرها ؟ على روايتين) كلما جاز النقطه بملك بالتعريف عند تمامه أثماناً كان أو غيرها وهو ظاهر كلام الحنفي ونقل ذلك عن أحمد فروى عنه محمد بن الحكم في الصياد يقع في شبكته الكيس أو النحاس يعرفه سنة فان جاء صاحبها وإلا فهو كسائر ماله وهذا نص في النحاس وقال ابن أبي موسى هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف بعد ذلك حكم الاثمان ؟ على روايتين أظهرهما أنها كالاثمان قال شيخنا ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقاً بين الاثمان والعروض في ذلك وقال أكثر أصحابنا لا تملك العروض بالتعريف قال القاضي نص عليه أحمد في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل يعرفها أبداً وقال القاضي هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يحجيء صاحبها وبين دفعها الى الحاكم ليري رأيها فيها وهل له بيعها بعد الحول والصدقة بها ؟ على روايتين (احدها) يجوز كما يجوز الصدقة بالنصوب التي لا يعرف أربابها (والثانية) لا يجوز لانه يحتمل أن يظهر صاحبها فيأخذها وقال الحلال كل من روى عن أحمد روى عنه أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي روي عنه أنه يعرفها أبداً

بالعمل فلا شيء عليه ، وإن رجع بعد التلبس به فعليه كعامل أجره مثله لأنه إنما عمل بعوض فلم يسلم له ، وإن فسخ العامل قبل إتمام العمل فلا شيء له لأنه أقطع حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه العوض وبصير كعامل المضاربة وإذا فسخ قبل ظهور الربح ولا بد أن يكون العوض معلوما والفرق بينه وبين العمل من وجهين

(أحدهما) أن الحاجة تدعو إلى كون العمل مجهولا بأن لا يعلم موضع الضالة والآبق ولا حاجة

إلى جهالة العوض

(والثاني) أن العمل لا يصير لازما فلم يجب كونه معلوما والعوض يصير لازما بإتمام العمل فوجب كونه معلوما ، ويحتمل أن تجوز الجمالة مع جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم نحو أن يقول من رد عبدي الآبق فله نصفه ومن رد ضائتي فله ثلثها فإن أحدا قال إذا قال الأمير في النزول من جاء بعشرة ، وسفله رأس جازوا قالوا إذا جعل جعلنا لمن يده على قلعة أو طريق سهل وكان الجمل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا كجارية يمينها العامل فتخرج ههنا مثله فأما إن كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصح الجمالة وجها واحداً ، وإن كان العمل معلوما مثل أن يقول : من رد عبدي من البصرة أو بنى لي هذا الحائط أو خاط قبضي هذا فله كذا صح لأنه إذا صح مع الجهالة فمع العلم أولى ، وإن علمت بدة معلومة فقال من رد لي عبدي من العراق إلى شهر فله دينار ، أو من خاط قبضي هذا في اليوم فله درهم صح لأن المدة إذا جازت مجهولة فمع التدبير أولى فإن قيل الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز في الإجازة فكيف أجزتموه في الجمالة؟ قلنا الفرق بينهما من وجوه (أحدها) أن الجمالة يحتمل فيها النذر وتجوز

قول قديم رجم عنه واحتجوا بأنه قد روي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم ولأنها لقطة لا تملك في الحرم فلا تملك في غيره كالابل ولان الخبر ورد في الأمان وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بيمينها فنقلها لا يقوم مقامها من كل وجه

ولنا عموم الأحاديث في اللقطة فإن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال « عرفها سنة » ثم قال في آخره « نشأتك بها - أو - فانتفع بها » وفي حديث عياض بن حمار « من وجد لقطة وهو لفظ عام وقد روى الجوزجاني والاثرم في كتابيهما ثنا أبو نعيم ثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق المعتاد أو في قرية مسكونة؟ قال « عرفه سنة فإن جاء صاحبه والا فشتأ نكبه » وروى أن سفيان بن عبد الله وجد عية فأتى بها عمر بن الخطاب فقال عرفها سنة فإن عرفت والا فهي لك زاد الجوزجاني فلم تعرف فلقية بها الإمام فذكرها له فقال عمر هي لك إن رسول الله ﷺ أمرنا بذلك ورواه النسائي وهذا نص في غير الأمان وروى الجوزجاني بإسناده عن الحر بن الصباح قال كنت عند ابن عمر بمكة إذ جاءه رجل فقال أني وجدت هذا البرد وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد وهذا يوم الزوية يوم

جهالة العمل والمدة بخلاف الاجارة . (الثاني) أن الجمالة عقد جائز فلا يلزمه بالدخول فيها مع الفرر ضرر بخلاف الاجارة قلنا عقد لازم فإذا دخل فيها مع الفرر لزمه ذلك . (الثالث) . أن الاجارة إذا قدرت بمدة لزمه العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها فإذا جزم بين تقدير المدة والعمل فربما عمله قبل المدة فإن قلنا يلزمه العمل في بقية المدة فقد لزمه من العمل أكثر من المقود عليه ، وإن قلنا لا يلزمه فقد خلا بعض المدة من العمل ، فإن انقضت المدة قبل عمله فأثمنه أتمام العمل فقد لزمه العمل في غير المدة المقود عليها ، وإن قلنا لا يلزمه العمل فما أتى بالمقود عليه من العمل بخلاف مسئلتنا فإن العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة أن أتى به فيها استحق الجعل ولا يلزمه شيء آخر ، وإن لم يف به فيها فلا شيء له إذا ثبت هذا فإنما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك لأنه عوض يستحق بعمل فلا يستحقه من لم يعمل كالاجر في الاجارة

(فصل) ويجوز أن يجعل الجعل في الجمالة لوحد بعينه فيقول له أن رددت عيدي فلان دينار فلا يستحق الجعل من برده سواء ، ويجوز أن يجعله لغير معين فيقول من رد عيدي فله دينار فمن رده استحق الجعل ويجوز أن يجعل لوحد في رده شيئاً معلوماً ولا آخر أكثر منه أو أقل ويجوز أن يجعل للمتعين عوضاً ولسائر الناس عوضاً آخر لأنه يجوز أن يكون الاجر في الاجارة مختلفاً مع التساوي في العمل فهنا أولى فإن قال من رد لقطتي فله دينار فردها ثلاثة فاهم الدينار بينهم أثلاثاً لأنهم اشتركوا في العمل الذي يستحق به العوض فاشتركوا في العوض كالاجر في الاجارة فإن قيل أليس لو قال من دخل هذا النقب فله دينار فدخله جماعة استحق كل واحد منهم دينار كاملاً فلم لا يكون ههنا كذلك ؟

يتفرق الناس فقال ان شئت قومته قيمة عدل ولبسته وكنت له ضامناً متى جاء صاحبه دفعت اليه ثمنه وإن لم يجيء له طالب فهو لك ان شئت ولان ما جاز التقاطه ملك بالتعريف كالأمان وما حكوه عن الصحابة ان صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه وقولهم انها لقطعة لا تملك في الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالأمان وقياسها على الابل لا يصح لان معها حذاءها وسقاءها ترد اثناء وتاكل الشجر حتى يأتيها ربهـا ولا يوجد ذلك في غيرها ولان الابل لا يجوز التقاطها فلا تملك وههنا يجوز التقاطها فملك به كالأمان وقولهم ان النص خاص في الأمان قلنا بل هو عام في كل لقطعة فيجب العمل بعمومه وإن ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما ثم قد روينا في العروض فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص في الأمان ثم لو احتص الخبر بالأمان لوجب أن يقاس عليها ما في معناها كسائر النصوص التي عقل في معناها ووجد غيرها وههنا قد وجد المعنى فيجب قياسه على المنصوص عليه بل المعنى ههنا أكد فيثبت الحكم فيه بطريق البيضة ، يانه أن الأمان لا تتلف بمضي الزمان عليها وانتظار صاحبها بها أبداً والعروض تتلف بذلك ففي النداء عليها دائماً هلاكها وضياح ماليتها على صاحبها وملقطها وسائر الناس وفي إباحة الاتقاع بها وملسكها بعد التعريف حفظ لمليتها على صاحبها بدفع

قلنا لان كل واحد من الداخلين دخل دخولا كاملا كدخول المنفرد فاستحق العوض كاملا وهما لم يردوا واحد منهم كاملا انما اشتركوا فيه فاشتركا في عوضه فنظير مسألة الدخول ما لو قال من رد عبدا من عبيدي فله دينار فرد كل واحد منهم عبداً ونظير مسألة الرد ما لو قال من تقب السور فله دينار فتقب ثلاثة نقبا واحداً فان جعل لواحد في ردها دينارا ولا آخر دينارين وثالث ثلاثة فردة الثلاثة فلشكل واحد منهم ثلث ما جعل له لانه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث المسمى فان جعل لواحد دينارا ولا آخرين عوضا مجهولا فردوه معا فلصاحب الدينار ثلاثة وللآخرين أجر عملهما وان جعل لواحد شيئا في ردها فردها هو وآخران معه وقالوا ردنا معاونة له استحق جميع الجمل ولا شيء لهما وإن قالوا ردناه لأخذ العوض لأنفسنا فلا شيء لهما لانه عمل ثلث الجمل لانه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث الجمل ولم يستحق الآخران شيئا لأنهما عملا من غير جمل وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا (نصل) وان قال من رد عبيدي من بلد كذا فله دينار فردة انسان من نصف طريق ذلك البلد استحق نصف الجمل لانه عمل نصف العمل ، وكذلك لو قال من رد عبيدي فله دينار فردا أحدهما فله نصف الدينار لانه رد نصف العبدان ، وان رد العبدان من غير البلد المسمى فلا شيء له لانه لم يعمل في رده منه شيئا فشيء ما لو جعل في رد أحد عبيديه شيئا فرد الآخر ، ولو قال من رد عبيدي فله دينار فردة انسان الى نصف الطريق فهرب منه لم يستحق شيئا لانه شرط الجمل برده ولم يردده وكذلك لو مات كما لو استأجر لحياطة ثوب فخطه ولم يسلمه حتى تلف لم يستحق أجره فان قيل كان الجاعل قال من وجد لقطتي فله دينار فوجد وجد الوجدان؟ قلنا قرينة الحال تدل على اشتراط الرد والمقصود هو الرد لا الوجدان المجرد وانما اكنفى بذكر الوجدان لانه سبب الرد فنصار كأنه قال من وجد لقطتي فردها علي

قيمتها اليه ونفع لنسره فيجب ذلك لنهي النبي ﷺ وما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه ولان في اثبات الملك حثا على انتقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة الى الملك المقصود للأدبي وفي نفي ملكها تضييع لها لما في التقاطها من الخطر والمشقة والسكف من غير نفع يصل اليه فيؤدي الى أن لا يلتقطها أحد فتضيع وما ذكره في الفرق ملغي في الشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق ثم يمكننا أن نقبس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الفرع والاصل ثم نقول لقطعة لا ملك في الحرم فما أيسر انتقاطه منها ملك اذا كان في الحل وما لا يباح لا يملك كالابل

(مسئلة) (وعن احمد أن لقطعة الحرم لا تملك بحال)

المشهور عن أحمد وفي المذهب أن لقطعة الحرم والحل سواء وهو ظاهر كلام الحارثي روي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وإبي حنيفة وروي عن أحمد أنه لا يجوز التقاط لقطعة الحرم للتملك ويجوز لحفظها لصاحبها فان التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبو عبيد وعن الشافعي (المفني والشرح الكبير) (٤٥) (الجزء السادس)

(فصل) والجمالة تساري الاجارة في اعتبار العلم بالعوض وما كان عوضاً في الاجارة جاز أن يكون عوضاً في الجمالة وما لا فلا ، وفي أن ما جاز أخذ العوض عليه في الاجارة من الاعمال جاز أخذه عليه في الجمالة وما لا يجوز أخذ الاجارة عليه في الاجارة مثل الغناء والزمر وسائر المحرمات لا يجوز أخذ الجمل عليه ، وما يختص فاعله أن يكون من أهل القرية مما لا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة والصيام لا يجوز أخذ الجمل عليه فإن كان مما يتعدى نفعه كالأذان والاقامة والحج ففيه وجهان كالرأيتين في الاجارة ويفارق الاجارة في أنه عقد جائز وهي لازمة وأنه لا يعتبر العلم بالمدة ولا بمقدار العمل ولا يعتبر وقوع العقد مع واحد معين ، فلي هذا متى شرط عوضاً مجهولاً كقوله إن رددت عبدي فلك ثوب أو فلك سلبه أو شرط عوضاً محرمًا كالخمر والحر أو غير مقدور عليه كقوله من رد عبدي فله ثابته أو من رد عبدي فله أحدهما فردته إنسان استحق أجر المثل لأنه عمل عملاً بمعرض لم يسلم له فاستحق أجره كما في الاجارة (فصل) ومن رد لقطة أو ضالة أو عمل لغيره عملاً غير رد الأبق بغير جعل لم يستحق عوضاً لأنهم في هذا خلافاً لأنه عمل يستحق به العوض مع المعارضة فلا يستحق مع مدمها كالعامل في الاجارة فإن اختلفنا في الجمل فقال جعلت لي في رد لقطتي كذا فأنكره المالك قال قول قوله مع يمينه لأن الأصل معه ، وإن اختلفنا على العوض واختلفنا في قدره قال قول المالك لأن الأصل عدم الزيادة المختلف فيه ولأن القول قوله في أصل العوض فكذلك في قدره كرم المال في المضاربة ، وبمقتضى أن يتحاشا كالتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن والاجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر الاجر ، فلي هذا إن تحاشا فسحق العقد ووجب أجر المثل وكذلك الحكم إن اختلفنا في المسافة فقال جعلت لك الجمل على ردها من

كالذهبين لقول النبي ﷺ في مكة « لا تحل ساقطتها الا لمنشد » متفق عليه والمنشد المعروف قاله أبو عبيد والناشد الطالب وينشد * اصاحه الناشد للمنشد *

فيكون معناه لا تحل لقطة مكة الا لمن يعرفها لأنها خصت بهذا من بين سائر البلدان وروى أبو داود بإسناده أن النبي ﷺ سئل عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجدها صاحبها ، ووجه الرواية الاولى عموم الاحاديث ، ولأنه أحد الحرمين أشبه حرم المدينة ولأنها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الا لمنشد » يحتمل أنه يريد الا لمن عرفها عاما وتخصيصها بذلك لتأكيد لقوله عليه السلام « ضالة المؤمن حرق النار » وضالة الذي يقبضه عليها والله أعلم (فصل) ولا يجوز له التصرف في اللقطة حتى يعرف وطاءها ووكاءها وقدرها وجنسها وصفتها ، ويستحب ذلك عند وجدانها والاشهاد عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد « اعرف وكاءها وعفاصها » وقال في حديث أبي بن كعب « اعرف تفاصها ووكاءها وعددها ثم عرفها سنة » وفي لفظ عن أبي بن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأنتيت بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال « عرفها حولا » « فعرفها حولا فلم تعرف فرجعت اليه فقال اعرف » عدتها وعاءها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء

حلب فقال بل على ردها من حصص ، وان اخذنا في عين العبد الذي جعل الجعل في رده فقال رددت العبد الذي شرطت لي الجعل فيه قال بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم ترده فاقول قول المالك لانه أعلم بشرطه ولانه ادعي عليه شرطاً في هذا العقد فأنكره والاصل عدم الشرط

(فصل) أما العبد الآبق فانه يستحق الجعل برده وإن لم بشرط له روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز ومالك وأصحاب الرأي وقد روي عن أحمد انه لم يكن يوجب ذلك . قال ابن منصور سئل أحمد عن جدل الآبق فقال لأدري قد تكلم الناس فيه لم يكن عنده فيه حديث صحيح ، فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه وهو ظاهر قول الحري فانه قال : وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلي سيده ما أنفق عليه ، ولم يذكر جعلاً وهذا قول النخعي والثاني وابن المنذر لانه عمل لغيره عملاً من غير أن يشترط له عوضاً لم يستحق شيئاً كما لو رد جله الشارد

ووجه الرواية الاولى ما روي عمرو بن دينار وابن أبي ماجة أن النبي ﷺ جعل في جعل الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً وأيضاً فانه قول من سميناً من الضحابة ولم تعرف لهم في زمنهم مخالفاً فكان إجماعاً . ولان في شرط الجعل في ردم حثاً على رد الآبق وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم ، فينبغي أن يكون مشروعاً لهذه المصاحبة ، وبهذا فارق رد الشارد فانه لا يبغي إلى ذلك . والرواية الاخرى أقرب إلى المصلحة لان الاصل عدم الوجوب ،

رهباً فأدها إليه في هذا الحديث أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمره بمعرفتها بعين التقاطها قبل تعريفها وهو الاولى ليحصل عنده علم ذلك فتى جاء صاحبها فتمتعها غلب على ظنه صدقه فدفعها إليه وان آخر معرفة ذلك إلى حين يجيء باغيها جاز لأن المقصود يحصل حينئذ فان لم يجيء طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يجز له حتى يعرف صفاتها لان عينها تقدم بالتصرف فلا يبقى له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء طالبها ولذلك ان خلطها بماله على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي صلى الله عليه وسلم لابي بمعرفة صفاتها عند خلطها بماله أمر ايجاب مضيق وأمره لزيد بن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط أمر استحباب ، قال القاضي ينبغي أن يعرف جنسها ونوعها وان كانت ثياباً عرف لفافها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر ؟ أنشودة أو غيرها ؟ ويعرف صمام القارورة الذي يدخل رأسها وعقاصها الذي يلبسه ويستحب ان يشهد عليها حين يجدها ، قال أحمد لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها . فظاهر هذا انه مستحب غير واجب وانه لا ضمان عليه اذا لم يشهد وهو قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يضمنها اذا لم يشهد عليها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل » وهذا أمر يقتضي الوجوب ولانه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه

ولنا خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فانه أمرهما بالتعريف دون الاشهاد ولو كان واجباً لينة

والخبر المروي في هذا مرسل وفيه مقال ولم يثبت الاجماع فيه ولا القياس فانه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ولا تحققت أيضا فانه ليس الظاهر هرجم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها ، إذا كانت قريبة وهذا بعيد فيهم . فأما على الرواية الأولى فقد اختلفت الرواية في قدر الجمل فروي عن أحمد انه عشرة دراهم أو دينار إن رده من المهر وإن رده من خارجه ففيه روايتان (إحداهما) يلزمه دينار أو اثني عشر درهما للخبر المروي فيه ولأن ذلك يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما (والثانية) له أربعون درهما إن رده من خارج المهر . إحداهما الخلل وهو قول ابن مسعود وشریح فروي أبو عمرو الشيباني قال قالت لعمد الله بن مسعود : أني أصبت عبيداً أباقا فقال لك أجر وغنيمة ، قلت هذا الاجر فما الغنيمة ؟ قال من كل رأس أربعين درهما

وقال أبو إسحاق أعطيت الجمل في زمن معاوية أربعين درهما . وهذا يدل على أنه مستفيض في العصر الأول . قال الخلل : حديث ابن مسعود أصح إسناداً . وروى عن عمر بن عبد العزيز انه قال إذا وجدته على مسيرة ثلاث فله ثلاثة دنانير . وقال أبو حنيفة إن رده من مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهما وإن كان من دون ذلك يرضخ له على قدر المكان الذي نعى إليه . ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الجمل على قيمة العبد أو لا يزيد وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة إن كان قبل القيمة نقص الجمل من قيمته درهما لثلاث يفوت عليه العبد جميعه

وأما عموم الدليل ولأنه جمل يستحق في رد الآبق فاستحقه وإن زاد على قيمته كما لو جملة له صاحبه ويستحقه إن مات سيده في تركته وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف إن كان الذي رده من ورثة المولى سقط الجمل

فانه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة سيما وقد سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتعين حمل الأمر في حديث عياض على الاستحباب ولأنه أخذ أمانة فلم يقتصر إلى الاشهاد كالودينة ، والمعنى الذي ذكره غير صحيح فانه إذا حفظها وعرفها لم يأخذها لنفسه وفائدة الاشهاد صيانة نفسه من الطمع فيها وحفظها من ورثته إن مات ومن غرمائه إن أفلس وإذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها كما قلنا في التعريف لكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس والنوع . قال أحمد في رواية صالح وقد سأله إذا أشهد عليها هل يبين كم هي ؟ قال لا ، ولكن يقول قد أصبت لقطة ، ويستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت له مخافة أن ينساها إن اقتصر على حفظها بقلبه فإن الانسان عرضة النسيان

﴿ مسألة ﴾ (متى جاء طالبها فوصفها لزم دفعها اليه بنائها المتصل وزيادتها المنفصلة لما لا يكها قبل الحل ولو أخذها بعده في أصح الوجهين)

إذا جاء طالب اللقطة فوصفها وجب دفعها اليه بغير بينة سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب . وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك إلا بينة

ولنا ان هذا عوض عن عمله فلا يسقط بالموت كالأجر في الإجارة وكألو كان من غير ورثة ،
المولى اذا ثبت هذا فلا فرق بين كون من رده معروفا يرد الأبق أو لم يكن وبهذا قال أصحاب الرأي
وقل مالك ان كان معروفا بذلك استحق الجعل والأفلا ولنا الخبر والأثر المذكور من غير تفريق
ولانه رد أبقا فاستحق الجعل كالمعروف بردم

(فصل) ويجوز أخذ الأبق لمن وجده وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه
خلافاً وذلك لأن العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب وارتداده واشتغاله بالفساد في سائر البلاد بخلاف
الضوال التي تحفظ نفسها فاذا أخذه فهو أمانة في يده ان تلف بغير تفريطه فلا ضمان عليه وان وجد
صاحبه دفعه اليه اذا أقام به البينة او اعترف العبد انه سيده وان لم يجد سيده دفعه الى الامام او نائبه
فيحفظه لصاحبه أو يبيعه ان رأى المصلحة في بيعه ونحو ذلك قال مالك وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه
مخالفاً وليس للمعقبة بيعه ولا تملكه بعد تعريفه لأن العبد يحتفظ بنفسه فهو كضوال الأبل فان
باعه فالبيع فاسد في قول عامة اهل العلم منهم ابو حنيفة والشافعي وان باعه الامام لمصلحة رآها في
بيعه فجاء سيده فاعترف انه كان اعتقه قبل منه لانه لايجزى الى نفسه بهذا نفعا ولا يدفع عنها ضرراً
ويجوز ان لا يقبل لانه ملك لغيره فلا يقبل اقراره في ملك غيره كولو باعه السيد ثم اقر بعقه فعلى هذا
ليس لسيد اخذ منه لانه يقرانه حرولا يستحق ثمنه ولكن يؤخذ الى بيت المال لانه لا مستحق له فهو
كتركة من مات ولا وارث له فان عاد السيد فأنكر العتق وطلب المال دفع اليه لانه مال لا منازعة فيه

(فصل) واذا ابق العبد فحصل في يد حاكم فأقام سيده بينة عند حاكم بلد آخران فلانا الذي
صفته كذا وكذا واستنقضى صفاته عبد فلان بن فلان ابق منه فقبل الحاكم بينته وكتب الحاكم الى
الحاكم الذي عنده العبد ثبت عندي اباق عبد فلان الذي صفته كذا وكذا قبل كتابه وسلم اليه

ويجوز له دفعها اليه إذا غلب على ظنه صدقه ، وقال أصحاب الرأي ان شاء دفعها اليه وأخذ كفيلاً بذلك
لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «البينة على المدعي» ولأن صفة المدعي لا يستحق بها كالمقصود
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فان جاءك أحد يخبرك بمددها ووطئها ووكأها فادفعها اليه»
وظاهر الأمر الوجوب ، وفي حديث زيد «اعرف وكأها وعقاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها»
وإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادها اليه يعني اذا ذكر صفاتها لأن ذلك هو المذكور في صدر
الحديث ولم يذكر البينة ولو كانت شرطاً للدفع لذكرها لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة
ولأن إقامة البينة على النقطة تعذر لأنها انما تسقط حال الغفلة فتوقف دفعها على البينة منع لوصولها
إلى صاحبها أبداً وهذا يفوت مقصود الالتقاط ويفضي الى تقويت أموال الناس وما هذا سبيله يسقط
اعتبار البينة فيه كالانفاق على اليتيم ، والجمع بين هذا القول وبين تفصيل الالتقاط على تركه متناقض
لأن الالتقاط حيث يكون تضييعاً لمال المسلم وأنما بالنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدنه بتركه

العبد وهذا قول أبي يوسف واحد قولي الشافعي إلا أن أبا يوسف قال يأخذه كفيلا لئن البينة أثبتته بصافته كما ثبت في القصة بوصفه في السلم وقول أبو حنيفة ومحمد لا يجب تسليمه لأنهم لا يشهدون على عينه وإنما يشهدون بالصفات وقد تنق الصفات مع اختلاف الأعيان ويفارق المسلم فيه فإن الواجب أقل ما يوجد منه الصفة وهو غير معين

ولنا أنه يقبل كتاب الحاكم إلى الحاكم على شخص غائب ويؤخذ المحكوم عليه بالحق وليس ثم شهادة على عين وإنما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته فكذا هاهنا إذا ثبت وجوب تسليمه فإن الحاكم الذي يسلمه يختم في عنقه خيطاً ضيقاً لا يخرج من رأسه ويدفعه إلى المدعي أو وكيله ليحمله إلى الحاكم الكاتب يشهد الشهود على عينه فإن شهد وأبينه سلم إلى مدعيه وإن لم يشهد وأوجب رده إلى الحاكم الأول ويكون في ضمان الذي أخذه لأنه أخذه بغير استحقاق

(مسئلة) قال (وإن كان التقطها قبل ذلك فردها لعلة الجمل لم يجزله أخذه)

إنما كان كذلك لأنه إذا التقطها قبل أن يبلغه الجمل فقد التقطها بغير عوض وعمل في مال غيره بغير وجه بل وجه لا يستحق شيئاً كما لو التقطها ولم يجعل ربحاً فيها شيئاً وفارق الملتقط بعد بلوغه الجمل فإنه إنما بذل منافعه بعرض جعل له فاستحقه كالأجير إذا عمل بعد العقد وسواء كان التقاطه لها بعد الجمل أو قبله لما ذكرنا ولا يستحق أخذ الجمل بردها لأن الرد واجب عليه من غير عوض فلم يجز أخذ العرض عن الواجب كسائر الواجبات، وإنما يأخذه الملتقط في موضع يجوز له أخذه عوضاً عن الالتقاط المباح إذا ثبت هذا فإن ملتقطها قبل أن يبلغه الجمل لا يستحق شيئاً سواء ردها لعلة الجمل أو لغيره لأنه إذا لم يستحقه مع قصده إياه وعمله من أجله فلا يستحقه مع عدم

الواجب من تعريفها وما هذا سبيله يجب أن يكون حراماً فكيف يكون فاضلاً، وعلى هذا نقول ولم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه، وقول النبي صلى الله عليه وسلم «البينة على المدعي» يعني إذا كان ثم منكر لقوله في سياقه «واليمين على من أنكر» ولا منكر ههنا على أن البينة تختلف وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم بينة مدعي اللقطة وصفها فإذا وصفها فقد أقام بينته وقياس اللقطة على المنصوب غير صحيح فإن النزاع ثم في كونه منصوباً والأصل عدمه وقول المنكر يعارض دعواه فاحتجج إلى البينة وههنا قد ثبت كون هذا المال لقطة وإن له صاحباً غير من هو في يده ولا مدعي له إلا الواصف وقد يرجح صدقه فينبغي أن يدفع إليه .

(فصل) ويدفعها إليه بزيادتها المتصلة والمنفصلة إذا كان قبل الحول لأنها ملكة فإن وجدها زائدة بعد الحول أخذها بزيادتها المتصلة لأنها تتبع في الرد بالبيع والاقالة فتبعت ههنا وإن حدث بعد الحول لها ثمن منفصل فهو الملتقط لأنه ثمن ملكه متميز لا يتبع في الفسوخ فكان له كمناء المبيع إذا رد بمبيع

ذلك أولى ، وأما ذكر الحرقى ردها لعله الجمل ان شاء الله لينبه به على عدم استحسانه فيما اذا ردها لغير علمه ولان الحاجة انما تدعو الى معرفة الحكم فيمن يريد الجمل أما من تركه ولا يريد فلا يقع التنازع فيه غالبا والله اعلم

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان الذي وجد اللقطة سفيها أو طفلا قام وليه بتعريفها فان تمت السنة ضمها الى مال واجدها)

وجملة ذلك أن الصبي والمجنون والسفيه اذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها لعموم الاخبار ولان هذا تكسب فصح منه كالأصطياد والاحتطاب وان تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه لانه اخذ ماله أخذه وان تلفت بتفريطه ضمنها في ماله واذا علم بها وليه لزمه أخذها لانه ليس من أهل الحفظ والامانة فان تركها في يده ضمنها لانه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتعلق به حقه فاذا تركها في يده كان مضيعاً لها واذا أخذها الولي عرفها لان واجدها ليس من أهل التعريف فاذا انقضت مدة التعريف دخلت في ملك واجدها لان سبب الملك تم شرطه فيثبت الملك له كما لو اصطاد صيداً وهذا مذهب الشافعي الا أن أصحابه قالوا اذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي والمجنون بحيث يستقرض لها يملكها لها والا فلا وقال بعضهم يملكها لها بكل حال لان الظاهر عدم ظهور صاحبه فيكون يملكها مصادرة له .

ولنا عموم الاخبار ولو جرى هذا مجرى الافتراض لما صح التقاط صبي لا يجوز الافتراض له لانه يكون تبرعاً بحفظ مال غيره من غير فائدة

(فصل) قال أحمد في رواية الباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطة ثم كبر فان

وذكر أبو الخطاب فيه وجها آخر أنه يكون لصاحب اللقطة بناء على المفلس اذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة والولد إذا استرجع أبوه ما وهبه له بعد زيادته المنفصلة والصحيح ان الزيادة للملتقط لما ذكرناه وكذلك الصحيح في الموضيين الذين ذكرها ان الزيادة لمن حدثت في ملكه ثم الفرق بينهما انه في مسئلتنا يضمن النقص فتكون الزيادة له ليكون الحراج بالضمان وثم لا ضمان عليه فأمكن أن لا يكون الحراج ومتى اختلفا في القيمة أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه اذا كانت اللقطة قد استهلك في يد الملتقط لانه غارم

﴿مسئلة﴾ (وان تلفت أو نقصت قبل الحول لم يضمنها وبعده يضمنها)

لانها أمانة في يده الا أن تكون تلفت أو نقصت بتفريطه كالوديعة وان ألتفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن مثلية، قال شيخنا لا أعلم فيه خلافا

وجد صاحبها دفعها إليه ولا تصدق بها، قدم في أجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال أجل التعريف، قال وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء أجل التعريف إذا لم يجد صاحبها أتصدق بمال الغير؟ وهذه المسئلة قد مضى نحوها فيما إذا لم يعرف الملتقط اللقطة في حولها فانه لا يملكها وان عرفها فيما بعد ذلك، لان التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها يئس منها وترك طلبها، وهذه المسئلة تدل على أنه إذا ترك التعريف لمذكر كان كتركه لغير عذر لكون الصبي من أهل العذر وقد ذكرنا في هذا وجهين فيما تقدم، وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنائير فذهب بها الى منزله فضاقت فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها، وان لم يجد عشرة وكان يحجب به تصدق قليلاً قليلاً، قال القاضي معنى هذا أنها تلفت بتفريط الصبي وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها (فصل) فإذا وجد العبد لقطة فله أخذها بغير إذن سيده ويصح التقاطه، وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر لا يصح التقاطه لان اللقطة في الحول الاول أمانة ولا ية في الثاني تملك والعبد ليس من أهل الولايات ولا الملك

ولنا غموم الخبر، ولان الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه نصح من العبد كالاختطاب والاصطياد، ولان من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحجر، وقولهم ان العبد ليس من أهل الولايات والامانات يبطل بالصبي والمجنون فانهما أدنى حالا منه في هذا، وقولهم ان العبد لا يملك ممنوع وان سلمنا فانه يتملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتساب ولان الالتقاط تخليص مال من الهلاك فجاز من العبد بغير إذن سيده كالتقاط المال الفريق والمنصوب، اذا ثبت هذا فان التقط العبد لقطة كانت أمانة في يده ان تلفت بغير تفريط في حول التعريف لم يضمن وان تلفت بتفريطه أو اتلاف وجب ضمانها في رقبته كسائر جنائياته، وان عرفها صح تعريفه لان له قولاً صحيحاً نصح تعريفه كالحجر فإذا تم حول التعريف

وان تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لانها دخلت في ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط أو لم يفرط وان وجد العين ناقصة بعد الحول أخذ العين وارش النقص لأن جميعها مضمون اذا تلف فكذلك ارش نقصها، وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكها بغيري حول التعريف، قاما من قال لا يملكها إلا باختياره لم يضمنه اياها حتى يتملكها وحكمها قبل ذلك كحكمها قبل مضي حول التعريف، ومن قال لا يملك اللقطة بحال لم يضمنه اياها وبهذا قال الحسن والنخعي وأبو مجلز والحارث العكلي ومالك وأبو يوسف قالوا لا يضمن، وان ضاعت بعد الحول وقد ذكرنا فيما تقدم دلائل دخولها في ملكه وقال داود اذا تملك العين وأتلفها لم يضمنها وحكي ابن أبي موسى عن احمد انه لوح الى مثل هذا القول لحديث عياض عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « فان جاء ربه والافوه مال الله يؤتيه من يشاء » وقوله في حديث أبي بن كعب « فان جاء من يعرفها وإلا فهي كسبيل مالك » وفي حديث زيد « فان جاء صاحبها والا فتأناك بها » وروي « فهي لك » ولم يأمره بردها .

ملكها سيده لان الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده وان علم السيد بلقطة عبده كان له انتزاعها منه لانها من كسب العبد وللسيد انتزاع كسبه من يده فاذا انتزعها بعد أن عرفها العبد ملكها وان كان لم يعرفها عرفها سيده حولا كاملا وان كان العبد قد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه فان اختار السيد اقرارها في يد عبده نظرت فان كان العبد أميناً جاز وكان السيد مستعياً بعبده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله، وان كان العبد غير أمين كان السيد مفرضاً باقرارها في يده ولزمه ضمانها كالمالك أخذها من يده ثم ردها اليه لان يد العبد كيد وما يستحق بها فهو لسيده، وان أعتق السيد عبده بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لانها من كسبه واكسابه لسيده، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سترها عنه وتسليمها الى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان فان أعلم سيده بها فلم يأخذها منه أو أخذها فعرفها وأدى الامانة فيها فقلت في الحول الاول بغير تفريطه فلا ضمان فيها لانها لم تتلف بتفريط من أحدهما وان لم يؤد الامانة فيها وجب ضمانها، ويتعلق الضمان برقة العبد ودمه السيد جميعاً لان التفريط حصل منهما جميعاً

(فصل) والمكاتب كالحر في اللقطة لان المال له في الحال واكسابه له دون سيده واللقطة من اكتسابه فان عجز عاد عبدا وصار حكمه في اللقطة حكم العبد على ما مر بيانه، وام الولد والمعلق عتقه بصفة والمدير كالفن، ومن نصفه حر اذا انقط شينا ولم يكن بينه وبين سيده مهايأة فهو بينهما بعد التعريف نصفين كسائر اكسابه وهي بينهما في حول التعريف كالحرين النقطا انقطه، وإن كان بينهما مهايأة ففيها وجهان (أحدهما) لا تدخل في المهايأة لانها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلم تدخل في المهايأة وتكون بينهما (والثاني) تدخل في المهايأة لانها من كسبه فأشبهت سائر اكسابه فان وجدها في يومه فهي له، وإن وجدها في يوم سيده فهي له، وإن كان العبد مشتركا بين اثنين فلقطته بينهما على ما ذكرنا فيمن بعضه حر وبعضه رقيق

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فان لم تعرف فاستنقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها اليه» قال الاثرم قال أحمد اذهب الى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يزوه أحد مثل ما رواه ان جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها اليه ولانها عين يلزمه ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها اذا ألتفها كما قبل الحول ولانه مال معصوم فلم يجوز اسقاط حقه منه مطلقاً كما لو اضطر الى مال غيره

(فصل) فان وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط يبيع أو هبة أو نحوه لم يكن له أخذها وله أخذ بدلها لان تصرف الملتقط وقع صحيحاً لانه ملكها فان صادفها وقد عادت إلى الملتقط ففسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لانه وجد عين ماله في يد ملتقطه فكان له أخذها كالزوج اذا طلق

(فصل) والدمي في الانتقاط كالسليم ومن أصحاب الشافعي من قال ليس له الانتقاط في دار الاسلام لانه ليس من أهل الامانة

ولنا أنها نوع اكتساب فكان من أهلها كالخس والاحتطاب وما ذكره يطل بالصبي والمجنون فانه يصح النقاطها مع عدم لامانة . اذا ثبت هذا فانه ان عرف القطة حولاً ملكها كالسليم ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها في يده وضم اليه مشرفاً عدلاً يشرف عليه ويعرفها لاننا لانؤمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه وأجر المشرف عليه فاذا تم حول التعريف ملكها المنتقط ويحتمل أن تنزع من يد الدمى وتوضع على يد عدل لانه غير مأمون عليها

(فصل) ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ القطة لانه يعرض نفسه للامانة وليس هو من أهلها فان النقط صح النقطة لانها جهة من جهات الكسب وهو من أهل الكسب ، ولانه اذا صح النقاط الكافر فالسليم أولى فاذا التقطها فعرفها حولاً ملكها كالعدل ، وإن علم الحاكم أو السلطان بها أقرها في يده وضم اليه مشرفاً يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الدمى لانه لانأمنه عليها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوايه ، وقال في الآخر ينزعها من يده وبضعها في يد عدل ولنا أن من خلي بينه وبين الودعة لم ينزل يده عن القطة كالعدل والحفظ يحصل بضم المشرف اليه وإن لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وترك في يد عدل فاذا عرفها وتمت السنة ملكها منتقطاً لان سبب الملك وجد منه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا وجد الشاة بمصر أو بمهاسكة فهي لقطة)

يعني أنه يباح أخذها والنقاطها وحكمها اذا أخذها حكم الذهب والفضة في التعريف والملك بعده هذا الصحيح من مذهب احمد وقول أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة النعم في الموضع المحوف عليها له أكلها وكذلك الحكم في كل حيوان لا يتمتع بنفسه من صغار السباع وهي الثعلب

قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع الى المرأة وسائر الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج على ما نذكره ان شاء الله تعالى .

﴿مسئلة﴾ (وان وصفها اثنان قسمت بينهما في أحد الوجهين ذكره أبو الخطاب)

لانهما تساويان في استحقاق به الدفع فتساويا فيما كما لو كانت في أيديهما ، والوجه الثاني أنه يقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف وسلمت اليه ذكره القاضي وهكذا إن أقاما ينتين وهذا الوجه أشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولانهما تداعيا عينا في يد غيرهما وتساويا في البينة أو عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة كما لو ادعيا وديعة في يد إنسان فقال هي لأحدكما لا أعرف عينه ، وقارق ما إذا كانت في أيديهما لان يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه

وابن آرى والذئب وولد الاسد ونحوها، فما لا يمنع منها كفصلان الابل وعجول البقر وانفلا. الخيل والدجاج والاوز ونحوها يجوز التقاطه وبروى عن احمد رواية أخرى ليس لغير الابل التقاطها. وقال الليث ابن سعد لا أحب أن يقر بها الا أن يجرزها لصاحبها لقول رسول الله ﷺ « لا يؤوي الضالة لا ضال » ولأنه حيوان أشبه الابل

ولنا قول النبي ﷺ لما سئل عن الشاة « خذها فانما هي لك أو لاختك أو لذئب » متفق عليه ، ولأنه يخشى عليه انتاف والضباع فأشبه لفظة غير الحيوان وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به والقياس على الابل لا يصح فإن النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها حذاهما وسقاهما وهذا معدوم في الغنم ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد فلا يجرز أجمع بين مافرق الشارع بينهما ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك منه . اذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بمهلكة ، وقال مالك وابو عبيد وابن المنذر في الشاة توجد في الصحراء اذبحها وكأها ، وفي المصر ضمها حتى يجدها صاحبها لان النبي ﷺ قال « هي لك أو لاختك أو لذئب » والذئب لا يكون في المصر ولنا ان النبي ﷺ قال « خذها » ولم يفرق ولم يستفصل ولو افرق الحال لسأل أو استفصل ولاها لفظة فاستوى فيها المصر والصحراء كسائر الاقطاعات ، وقولهم إن الذئب لا يكون الا في الصحراء قلنا كونها للذئب في الصحراء لا يمنع كونها لغيره في المصر . اذا ثبت هذا فانه متى عرفها حولا كاملا ملكها وذكر القاضي وأبو الخطاب عن احمد رواية أخرى أنه لا يملكها ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « هي لك أو لاختك » فأضافها اليه بلام التمايز ولأنها يباح التقاطها فملك بالتعريف كالإيمان ولان ذلك اجماع حكاه ابن عبد البر .

(مسئلة) (فان أقام آخر بينة أنها له قدم لان البينة أقوى من الوصف فان كان الواصف قد أخذها ردت إلى صاحب البينة لانا تبينا أنها له ، فان كانت قد هلكت فلصاحبها تضمين من شاء من الواصف والدافع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويتخرج أن لا يلزم الملتقط شيء اذا قلنا بوجوب الدفع عليه لأنه فعل ما أمر به ولم يفرط وهو أمين فلم يضمن كما لو دفعها بامر الحاكم ولأنه اذا كان الدفع واجبا عليه يأنم بتركه فكأنه دفع بغير اختياره فلم يضمن كما لو أخذت منه كرها ، ووجه الاول أنه دفع مال غيره الى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الوديعة الى غير مالكم اذا غلب على ظنه أنه مالكم .

(مسئلة) (الا أن يدفعها بحكم الحاكم فلا يملك صاحبها مطالبة)

لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها غاصب ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد لان العدوان منه والتلف عنده وإن ضمن الدافع رجح على الواصف لانه كان سبب تعريضه لأن يكون الملتقط قد أقر لا الواصف

(فصل) ويتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء (اكلها في الحال) وبهذا قال مالك وابو حنيفة والشافعي وغيرهم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن ضالة النعم في المواضع الخوف عليها له أكلها ، والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « هي لك أو لأخيك أو للذئب » فجعلها له في الحال وسوى بينه وبين الذئب ، والذئب لا يستأني بأكلها ولأن في أكلها في الحال إغناء عن الاتفاق عليها وحراسة لمايتها على صاحبها إذا جاء فانه يأخذ قيمتها بكاملها من غير نقص وفي إبقائها تضييع للمال بالاتفاق عليها والغرامة في علفها فكان أكلها أولى ، ومتى أراد أكلها حفظ صفها فتى جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم إلا مالكا فانه قال أكلها ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لها لقول النبي ﷺ « هي لك » ولم يوجب فيها تعريفاً ولا غرماً وسوى بينه وبين الذئب ، والذئب لا يعرف ولا يغرم ، قال ابن عبد البر لم يوافق مالكا أحد من العلماء على قوله ، وقول النبي ﷺ في حديث عبد الله بن عمرو « رد على أخيك ضالته » دليل على أن الشاة على ملك صاحبها ولائها لقطعة لها قيمة وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها إذا جاء كغيرها ولأنها ملك لصاحبها فلم يحجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت بين البنيان ولأنها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا ألتفها كلقطة الذهب وقول النبي ﷺ « هي لك » لا يمنع وجوب غرامتها فانه قد أذن في لقطعة الذهب والورق بعد تعريفها في أكلها واتفاقها ، وقال هي كسائر مالك ثم أجمعنا على وجوب غرامتها كذلك الشاة ولا فرق في إباحة أكلها بين وجدانها في الصحراء أو في المصر ، وقال مالك وأبو عبيد وأصحاب الشافعي وابن المنذر ليس له أكلها في المصر لانه يمكنه بيعها بخلاف الصحراء

ولنا أن ماجاز أكله في الصحراء أيسر في المصر كسائر المأكولات ولان النبي ﷺ قال : « هي لك » ولم يفرق ولان أكلها معلل بما ذكرنا من الاستغناء عن الاتفاق عليها ، وهذا في المصر

أنها له فانه لا يرجع عليه لانه أقر انه مالكا ومستحقها وان صاحب البيئة ظلمه بتضمينه فلا يرجع على غير ظالمه ، وان كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه اياها رجع على الواصف بما غرمه وليس للمالك تضمين الواصف لان الذي قبضه انما هو مال الملتقط لا مال صاحب اللقطة بخلاف ما اذا سلم العين فأما ان وصفها انسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاها لم يستحق شيئاً لان الاول استحقها لوصفه اياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه فوجب ابقاؤها في يده كسائر ماله .

(فصل) ولو جاء مدعي اللقطة فلم يصفها ولا أقام بيئته أنها له لم يحجز دفعها اليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه لأنها أمانة فلم يحجز دفعها الى من لم يثبت أنه صاحبها كالوديعة ، فان دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بها بيئته لزم الدافع غرامتها له لانه فوتها على مالكا بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لانه أخذ مال غيره ولصاحبها تضمين أخذها فاذا ضمنه لم يرجع على أحد وان لم يأت أحد يدعيها

أشد منه في الصحراء (الثاني) أن يمسكها على صاحبها وينفق عليها من ماله ولا يملكها، وإن أحب أن ينفق عليها محتسباً بالنفقة على مالها وأشهد على ذلك فهل له أن يرجع بالنفقة على روايتين : (أحدهما) يرجع به نص عليه في رواية المروزي في طيرة أفرخت عند قوم فقضي أن الفراخ لصاحب الطيرة ويرجع بالملف إذا لم يكن متطوعاً، وقضي عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها وجاء بها بانه يفرم له ما أنفق وذلك لانه أنفق على اللقطة لحفظها فكان من مال صاحبها كموثة الرطب والعب (والرواية الثانية) لا يرجع بشيء وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز لانه أنفق على مال غيره بغير اذنه فلم يرجع كما لو بنى داره ، ويفارق العب والرطب فانه ربما كان تجفيفه والاتفاق عليه في ذلك أحظ لصاحبه لان النفقة لا تكرر والحيوان يتكرر الاتفاق عليه فرمما استغرق قيمته فكان يرمه أو أكله أحظ فلذلك لم يحتسب المنفق عليها بما أنفق . (الثالث) أن يبيعها ويحفظ ثمنها لصاحبها وله أن يتولى ذلك بنفسه وقال بعض أصحاب الشافعي يبيعها باذن الامام .

ولنا أنه إذا جاز له أكلها بغير اذن فيبيعها أولى ولم يذكر أصحابنا لها تعريفاً في هذه المواضع وهذا قول مالك لحديث زيد بن خالد فانه صلى الله عليه وسلم قال « خذها فانما هي لك أو لاختك أو للذئب » ولم يأمر بتعريفها كما أمر في لقطة الذهب والورق ولنا أنها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالطعوم الكثير وانما ترك ذكر تعريفها لانه ذكرها بعد بيانه التعريف فيما سواها فاستغنى بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط التعريف كالطعوم .

(فصل) اذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزها لعدم الفائدة في ذلك فانها لا تنتقل

فللملتقط مطالبة آخذها لانه لا يأمن بحبيء صاحبها فينرمه إياها ولانها أمانة في يده فلك الاخذ من غاصبها كالوديعة .

(فصل) فان كان الملتقط قد مات واللقطة موجودة قام وارثه مقامه في تعريفها أو أمانه ان مات قبل أتمام الحول ويملكها بعد أتمام التعريف وان مات بعد تمام الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت، ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث وان كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمنثلها ان كانت من ذوات الامثال أو بقيمتها ان لم تكن كذلك فيأخذ ذلك من تركته ان اتسعت لذلك فان ضاقت التركة زاحم الغرماء بيدلها سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله لانها قد دخلت في ملكه بمضي الحول، وان علم أنها تلفت قبل الحول بغير تقريظ فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها لانها أمانة في يده تلفت بغير تقريظ فلم يضمنها كالوديعة وكذلك ان تلفت بعد الحول قبل تملكها بغير تقريظ عند من يرى أنها لا تدخل في ملكه حتى يملكها أو أنها لا تملك بحال وقدم

من الذمة الى المال المعزول ولو عزل شيئاً ثم أفلس كان صاحب اللقط أسوة الغرماء ولم يختص بالمال المعزول وان بائعها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها أخذه ولم يشاركه فيه أحد من الغرماء لأنه عين ماله لا شيء للفلس فيه .

(فصل وإذا النقط ما لا يبقى عاملاً فذلك نوعان (أحدهما) ما لا يبقى بعلاج ولا غيره كالطبيخ والبطيخ والفاكهة التي لا تجفف والخضراوات فهو مخير بين أكله وبيعه وحفظ ثمنه ولا يجوز إبقاءه لأنه يتلف فان تركه حتى تلف فهو من ضمانه لأنه فرط في حفظه فلزمه ضمانه كالوديعة ، فان أكله ثبتت الذمة في ذمته على ما ذكرناه في لقطة الغنم وإن باعه وحفظ ثمنه جاز وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وله أن يتولى بيعه بنفسه ، وعن أحمد له بيع الإيسر وإن كان كثيراً دفعه إلى السلطان . وقال أصحاب الشافعي ليس له بيعه إلا بإذن الحاكم فان عجز عنه جاز البيع بنفسه لأنه حال ضرورة فأما مع القدرة على استثنائه فلا يجوز من غير إذنه لأنه مال معصوم لا ولاية عليه فلم يجوز لغير الحاكم بيعه كغير القطعة ولنا أنه مال أبيع للمنتقط أكله فأبيع له بيعه كماله ولأنه مال أبيع له بيعه عند العجز عن الحاكم فجاز عند القدرة عليه كماله . إذا ثبت هذا فإنه متى أراد أكله أو بيعه حفظ صفاته ثم عرفه عاملاً فإذا جاء صاحبه فان كان قد باعه وحفظ ثمنه دفعه إليه وإن كان قد أكله أو أكل ثمنه غرمه له بقيته يوم أكله وإن تلف الثمن بغير تفريط قبل تملكه أو نقص أو تلفت العين أو نقصت من غير تفريط فلا ضمان على المنتقط ، وإن تلفت أو نقصت أو تلف الثمن التفريط فعلى المنتقط ضمانه وكذلك إن تلف الثمن بعد تملكه أو نقص ضمانه (النوع الثاني) ما يمكن إبقاءه بالعلاج كالعنب والرطب فينظر ما فيه الحظ لصاحبه فان كان في التجفيف جفقه ولم يكن له إلا ذلك لأنه مال غيره فلزمه ما فيه الحظ لصاحبه كولي البتيم ، وإن احتساج في التجفيف إلى غرامة باع بعضه في ذلك ، وإن كان الحظ في بيعه باعه

مضى الكلام في ذلك ، فأما ان لم يعلم تلفها ولا وجدت في تركته فظاهر كلام الحرقى أنه غريم بها سواء كان قبل الحول أو بعده ويحتمل أن لا يلزم المنتقط شيء ويسقط حق صاحبها لأن الأصل براءة ذمة المنتقط منها لأنه يحتمل أن تكون قد تلفت بغير تفريط فلا تشتغل ذمته بالشك ويحتمل أنه ان كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لأنها كانت أمانة عنده ولم تعد حياته فيها والأصل براءة ذمته منها وإن مات بعد الحول فهي في تركته لأن الأصل بقاؤها إلى ما بعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه . فان قيل فقد قلتم ان صاحبها لو جاء بعد بيع المنتقط إياها أو هبته لم يكن له إلا بدلها فلم قلتم أنها إذا انتقلت إلى الوارث يملك صاحبها أخذها قلنا لأن الوارث خايفة الموروث وإنما ثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعى مشروطاً بعدم مجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والتهب فانها يملكها ملكاً مستقراً

وحفظ ثمنه كالطعام والرطب فان تعذر بيعه ولم يمكن تجنيفه تعين أكله كالبطيخ ، وان كان أكله أنفع لصاحبه فله أكله أيضا لان الحظ فيه ، ويقضي قول أصحابنا ان العروض لا تملك بالتعريف ان هذا كله لا يجوز له أكله لكن بخير بين الصدقة به وبين بيعه ، وقد قال احمد فيمن يجد في منزله طعاما لا يعرفه يعرفه مالم يخش فساد فأن خشي فساد تصدق به فان جاء صاحبه غرمه وكذلك قال مالك وأصحاب الرأي في لقطة مالا يبقى سنة يتصدق به وقال الثوري ببيعته ويتصدق بثمنه ولنا على جواز أكله قول النبي ﷺ في ضالة الغنم «خذها نانا هي لك أو لأخيك أو لذئب» وهذا تجوز للأكل فاذا جاز فيما هو محفوظ بنفسه فبما يفسد بيقائه أولى

(مسئلة) قال (ولا يتعرض لبيع ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه)

وجملة ذلك أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صفار السباع وورود الماء لا يجوز النقطة ولا التعرض له سواء كان لكبير جثته كالابل والحيل والبقر أو لطيرانه كالطيور كلها أو لسرعته كالظباء والصيد أو بنابه كالسكالب والفهود ؟ وقال عمر رضي الله عنه من أخذ ضالة فهو ضال أي غطي . وهذا قال الشافعي والاوزاعي وأبو عبيد ، وقال مالك والليث في ضالة الابل من وجدها في القرى عرفها ، ومن وجدها في الصحراء لا يقربها ، ورواه المزني عن الشافعي ، وكان الزهري يقول : من وجد بدنة فليعرفها فان لم يجد صاحبها فليعرها قبل أن تنقضي الأيام الثلاثة ، وقال أبو حنيفة في لفظ يباح التقاطها لأنها لقطة أشبهت الغنم

ولنا قول رسول الله ﷺ لما سئل عنها «ما نك ولها؟» معها ذؤاؤها وسقائها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يجدها ربها ، وسئل رسول الله ﷺ فقيل يا رسول الله انا نصيب هوامى الابل قال «ضالة للمسلم

(فصل) قال رحمه الله (ولا فرق بين كون الملتقط غنياً أو فقيراً مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً بأمن نفسه عليها) وقيل يضم الى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها)

اذا التفت الغني لقطة وعرفها حولا ملكها كالفقير روي نحو ذلك عن عمرو ابن مسعود وعائشة وعلي وابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة وبه قال الشافعي واسحاق وابن المنذر وقال أبو حنيفة ليس له أن يملكها الا أن يكون فقيراً غير ذوي القربى لما روى عياض بن حمار المجاشعي ان النبي ﷺ عليه وسلم قال «من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكم ولا يئيب فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهي مال الله يؤتية من يشاء» رواه النسائي ، قالوا وما يضاف الى الله تعالى انما يملكه من يستحق الصدقة ونقل حنبل عن أحمد مثل هذا القول وأنكره الحلال وقال ليس هذا مذهبا لأحمد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد «فان لم تعرف فاستنقها» وفي لفظ - فمأنتك بها - وفي لفظ - والا فهي كسبيل مالك» ولان من ملك بالقرض ملك اللقطة كالفقير ومن جاز له الالتقاط

حرق النار « وروي عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت ، وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يؤوي الضالة إلا ضال » رواه أبو داود بمعناه ، وقياسهم يعارض صريح النص ، وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر؟ على أن الابن تفارق الغنم لضيقها وقلة صبرها عن الماء .

(فصل) فإن كانت الصيود مستوحشة إذا تركت رجعت إلى الصحراء وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لأن تركها أضياع لها من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لحفظها في نفسها ولو كان المقصود حفظها في أنفسها لما جاز التقاط الاثنان فإن الدينار دينار حيتما كان

(فصل) والبقر كالأبل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي عبيد ، وحكي عن مالك أن البقرة كالشاة . ولنا خبر جرير فإنه طرد البقرة ولم يأخذها ، ولأنها تمتنع عن صفار السباع وتجزئ في الاضحية والهدي عن سبعة فاشبهت الأبل وكذلك الحكم في الخيل والبغال فأما الحمير فجاءها اصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز انتقاطه لأن لها اجساما عظيمة فاشبهت البغال والخيل ولأنها من الدواب فاشبهت البغال ، والاولى الحاقها بالشاة لأن النبي صلى الله عليه وسلم علل الأبل بان معها حذاءها وسقاءها يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ماوعى في بطونها منه وتوتها على ورودها وفي اباحة ضالة الغنم بأنها معرضة لأخذ الذئب اياها بقوله « هي لك أو لأخيك أو للذئب » والحر مساوية للشاة في علها فإنها لا تمتنع من الذئب ، ومفارقة الأبل في علها فإنها لا صبر لها عن الماء . ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عنه فيقال ما بقي من دمه إلا ظمأ حمار . والحق الشيء بما ساواه في علة الحكم وفارقه في الصورة أولى من الحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة ، فأما غير الحيوان فما كان منه ينحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكبير من الخشب وقدور النحاس فهو كالأبل في تحريم أخذه بل أولى منه لأن الأبل تعرض

ملك به بمد التعريف كالفقير ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف إلى الله تعالى لا يملكه الا من يستحق الصدقة لادليل عليه وبطلانها ظاهر فإن الاشياء كلها تضاف إلى الله تعالى ملكا وخلقا قال الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

(فصل) ويملك الذمي بالانتقاط كالسلم وقال بعض أصحاب الشافعي ليس له الانتقاط في دار الاسلام لانه ليس من أهل الامانة

ولنا أنه نوع اكتساب فكان من أهله كالاحتشاش والاحتطاب وما ذكره يبطل بالصبي والمجنون فإنه يصح التقاطها مع عدم الامانة ومتى عرف اللقطة حولا ملكها كالسلم ، وإن علم بها الحاكم أقرها في يده وضم اليه مشرقا عدلا يشرف عليه ويعرفها لا تالانا من الكافر على تعريفها ولا تالانا من أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه وأجر المشرف عليه فإذا تم حول التعريف ملكها الملتقط ويحتمل أن تزرع من يد الذمي وتوضع على يدي عدل لانه غير مأمون عليها

في الجملة لتلف إما بالأسد وإما بالجوع والعطش وغير ذلك وهذه بخلاف ذلك ، ولأن هذه لا تكاد تضيع عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان ، فإذا حرم أخذ الحيوان فهذه أولى (فصل) فإن أخذ هذا الحيوان الذي لا يجرز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه إما ما كان أو غيره لأنه أخذ ملك غيره بغير إذنه ولا أذن الشارع له فهو كالتعاصب فإن رده إلى موضعه لم يبرأ من الضمان وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : يبرأ لأن عمر رضي الله عنه قال أرسله في الموضع الذي أصبته فيه ، وجزير طرد البقرة التي لحقت بقره

ولنا أن مالزمه ضمانه لا يزول عنه إلا برده إلى صاحبه أو نائبه كالمسروق والمغصوب ، وأما حديث جرير فإنه لم يأخذ البقرة ولا أخذها راعيه إنما لحقت بالبقرة فطردها عنها ، وأشبهه ، ولو دخلت داره فأخرجها ، فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث ثبتت يده عليها لا يلزمه ضمانها سواء طردها أو لم يطردها ، وإن أخذها فلزمه ضمانها ندفعها إلى الإمام أو نائبه ، زال عنه الضمان لأن له نظراً في ضوال الناس بدليل أن له أخذها فكان نائباً عن أصحابها فيها

(فصل) وللإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها لأن عمر رضي الله عنه حرم موضعاً يقال له التميم لحيل المجاهدين والضوال ، ولأن للإمام نظراً في حفظ مال الناس وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها لأن عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال ، ولأنه إذا

(فصل) ويصح التقاط الفاسق لأنها جهة من جهات الكسب فصح التقاطه كالمعدل ولأنه إذا صح التقاط الكافر فالمسلم أولى إلا أن الأولى له ألا يأخذها لأنه يعرض نفسه للأمانة وليس من أهلها وإذا التقطها عرفها حولاً ملكها كالمعدل ، وإن علم الحالم أو السلطان بها أقرها في يده وضم إليه مشرفاً يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذي وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال في الآخر يزرعها من يده ويدعها في يد عدل

ولنا أن من خلى بينه وبين الوديمة لم تزل يده عن اللقطة كالمعدل والحفظ يحصل بضم المشرف إليه فأما إن لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركبت في يد العدل فإذا عرفها ملكها الملتقط لوجود سبب الملك منه

(مسئلة) (وإن وجدها صبي أو سفيه قام وليه بتعريفها فإذا عرفها فهي لواجدها)

وجملة ذلك أن الصبي والسفيه والجنون إذا التقط أحدهم لقطه ثبتت يده عليها لعموم الاخبار ولأنه نوع تكسب فصح منه كالاصطياد والاحتطاب فإن تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه وإن تلفت بتفريطه ضمنها في ماله وإذا علم بها وليه لزمه أخذها منه لأنه ليس من أهل الحفظ والأمانة فإن تركها في يده ضمنها لأنه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتلف به حقه فإذا تركها في يده كان مضيعاً لها ، ويعرفها الولي إذا أخذها لأن واجدها ليس من أهل التعريف فإذا انقضت مدة

عرف ذلك فمن كانت له ضالة فانه يجيء الى موضع الضوال فاذا عرف ضالته اقام البيئة عليها وأخذها ولا يكتفى فيها بالصفة لانها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها فلا تكون الصفة لها دليلاً على ملكها، ولأن الضالة قد كانت ظاهرة بين الناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيره فلم يكن ذلك دليلاً ويمكنه إقامة البيئة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطائه وجيرانه بملكها إياها

(فصل) وان أخذها غير الامام أو نائبه ليحفظها لصاحبها لم يجز له ذلك ولزمه ضمانها لانه لا ولاية له على صاحبها وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولا صحابه وجه ان له أخذها لحفظها قياساً على الامام، ولا يصح لان النبي ﷺ منع أخذها من غير تفريق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط ولا يصح القياس على الامام لان له ولاية وهذا لا ولاية له، وان وجدته في موضع يخاف عليها به مثل أن يجدها بأرض مسبعة يغلب على الظن أن الاسد يفترسها ان تركت به أو فرسا من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين كواد التيم أو في بيرة لا ماء بها ولا مرعى فلا ولي جواز أخذها للحفظ ولا ضمان على أخذها لان فيه انتفاذا من الهلاك فأشبه تخليصها من غرق أو حريق، فاذا حصلت في يده سلمها الى نائب الامام وسمى من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لان الشرع لم يرد ذلك فيها (فصل) وما يحصل عند الامام من الضوال فانه يشهد عليها وبسمها بأنها ضالة ثم ان كان له حي تروى فيه تركها فيه إن رأى ذلك، وان رأى المصلحة في بيعها وحفظ ثمنها أو لم يكن له حي

التعريف دخلت في ملك واجدها لان سبب التملك تم بشرطه ثبت الملك له كما لو اصطاد صيداً وهذا مذهب الشافعي الا ان أصحابه قالوا اذا انقضت مدة التعريف فكان للصبي والمجنون بحيث يستقرض لها يملكها وإلا فلا وقال بعضهم يملكها لهم بكل حال لان الظاهر عدم ظهور صاحبها فيكون تملكه مصلحة له.

ولنا عموم الاخبار ولو جرى هذا مجرى الافتراض لما صح انتقاط صبي لا يجوز الافتراض له لانه يكون تبرعاً بحفظ مال غيره من غير فائدة

(فصل) قال احمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطعة ثم كبر فان وجد صاحبها دفعها إليه والا تصدق بها قد مضى اجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم ير عليه استقبال اجل التعريف قال وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انتضاء اجل التعريف إذا لم يجد صاحبها يتصدق بمال التبر؟ وهذه المسئلة قد مضى نحوها فيما اذا لم يعرف الملتقط اللقطه في حولها الاول فانه لا يملكها وإن عرفها فيما بعد ذلك لكون التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها يئأس منها ويترك طلبها، وهذه المسئلة تدل على أنه إذا ترك التعريف لعذر فهو كتركه لنير عذر لكون الصبي من أهل المذرو وقد ذكرنا فيه وجهين فيما تقدم، وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنابر فذهب بها إلى

باعها بعد أن يحلبها ويحفظ صفاتها يحفظ ثمنها صاحبها فإن ذلك أحفظ لها لأن تركها يفضي إلى أن تأكل جميع ثمنها
(فصل) ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها إنسان فأطعمها وسقاها وخلصها ملكها وبه قال الأئمة
والحسن بن صالح وإسحاق إلا أن يكون تركها ليرجم إليها أو ضلت منه ، وقال مالك هي للمالك
الاول وبقرم ما أنفق عليها ، وقال الشافعي وابن المنذر هي للمالك والآخر متبرع بالنفقة لا يرجع
بشيء . لأنه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت في غير مهلكة ولا يملك الرجوع
لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع بشيء . كما لو بنى داره

ولنا ما روى الشعبي أن رسول الله ﷺ قال « من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فمضوا فأخذها
فأحيها فهي له » قال عبد الله بن عبد الرحمن قلت - يعني للشعبي - من حدثك بهذا ؟ قال
غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ رواه أبو داود بإسناده . وفي لفظ عن الشعبي عن النبي
ﷺ أنه قال « من ترك دابة بمهلكة فأحيها رجل فهي لمن أحيها » ولأن في الحكم بملكها أحياءها
واقادها من الملاك وحفظا للمال عن الضياع ومحافظة على حرمة الحيوان وفي القول بأنها لا تملك تضيق
لذلك كله من غير مصلحة تحصل ، ولأنه نبذ رغبة عنه وعجزا عن أخذه فملكه آخذه كالمسقط من
السبل وسائر ما ينبذه الناس رغبة عنه

(فصل) وإن ترك متاعا فخلصه إنسان لم يملكه لأنه لا حرمة له في نفسه ولا يخشى عليه الذلف
كالخشية على الحيوان فإن الحيوان يموت إذا لم يطعم وبسقى وتأكله السباع والمنازع يبقى حتى يرجع

منزله فصاعدا فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها فإن لم يجد عشرة وكان يحجب به تصدق
قليلا قليلا قال القاضي هذا محمول على أنها تلفت بتفريط الصبي وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها
(مسئلة) (وإن التقطها عبد فأسيده أخذها منه وتركها معه يتولى تعريفها إن كان عدلا فإن لم
يأمن العبد سيده عليها لزمه سترها عنه فإن ألتفها قبل الحول فهي في رقبته وإن ألتفها بعده فهي في ذمته)
يصح التقاط العبد بغير إذن سيده وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي وقال في الآخر
لا يصح التقاطه لأن اللقطة في الحول الاول امانة وولاية وفي الثاني تلك والعبد ليس من أهل
الولايات ولا التملك .

ولنا عموم الخبر ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه فصح من العبد كالاصطياد
والاحتطاب ولأن من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحرقولهم أن العبد ليس من أهل
الولايات والأمانات يبطل بالصبي والمجنون فانهما أدنى حالا منه في هذا ، وقولهم أن العبد لا يملك ممنوع
وإن سلمنا فانه يملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتسابات ولأن الالتقاط تخليص مال من الهلاك
فجاز من العبد بغير إذن سيده كالتفاد المال الغريق والمنصوب . إذا ثبت هذا فإن اللقطة تكون أمانة
في يد العبد إن تلفت بغير تفريط في حول التعريف لم يضمن فإن عرفها صح تعريفه لأن له قولا

إليه صاحبه ، وإن كان المتروك عبدا لم يملك بأخذه لأن العبد في العادة يمكنه التخليص إلى الأماكن التي يعيش فيها بخلاف البيمة وله أخذ العبد والمتاع ليخلصه لصاحبه وله أجر مثله في تخلص المتاع نص عليه وكذلك في العبد على قياسه

قال القاضي يجب أن يحمل قوله في وجوب الاجر على أنه جعل له ذلك أو أمره به ، وأما أن لم يحمل له شيئا فلا جعل له لأنه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئا كاللقط وهذا خلاف ظاهر كلام أحمد فإنه لو جعل له جعلاً لاستحققه ولم يحمل له أجر المال وينارق هذا اللقط فإن اللقط لم يخص اللقطة من الملاك ولو ترها لم يكن أن يرجع صاحبها ليطلبها من مكانها فيجدها وههنا إن لم يخرجها هذا ضاع وذلك ولم يرجع إليه صاحبه ففي جعل الاجر فيه حفظ للأموال من غير مضرة فجز ذلك كالجعل في الآبق ، ولأن اللقطة جعل فيها الشارع ما بحث على أخذها وهو ملكها إن لم يجيء صاحبها فاكتفى به عن الاجر فينبغي أن يشرع في هذا ما بحث على تخليصه ببارق الأولى وليس إلا الاجر ، فأما ما لقاه ركاب البحر فيه خوفا من الغرق فلم أعلم لأصحابنا فيه قولاً سوى عموم قولهم الذي ذكرناه وبجمل أن يملك هذا من أخذه وهو قول الأبيث بن سعد وبه قال الحسن فيمن أخرجه قال وما نصب عنه الماء فهو لاهله ، وقال ابن المنذر يرد على أصحابه ولا جعل له ويقضي قول الشافعي والقاضي لما تقدم ، ويقضي قول الإمام أبي عبد الله أن لمن أنقذه أجر مثله لما ذكرناه ووجه ما ذكرناه

صحيحاً فصح تعريفه كالحر فإذا تم حول التعريف ملكها سيده لأن الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده فإن علم السيد باللقطة عبده كان له انتزاعها منه لأنها من كسب العبد وللسيد انتزاع كسبه من يده فإن انتزعا بعد أن عرفها العبد ملكها وإن كان لم يعرفها عرفها سيده حولاً وإن كان العبد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه وللسيد إقرارها في يد العبد إن كان أميناً ويكون مستعياً بهنده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله ، فإن كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً بإقرارها في يده ولزمه ضمانها كما لو أخذها من يده وردّها لأن يد العبد كيد وما يستحق بها لسيده وإن أعتق العبد بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لأنها من كسبه واكتسابه لسيده ، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سرها عنه وإسلامها إلى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان ، فإن ألتفها العبد في الحول الأول فهي في رقبته كجناياته وكذلك إن تلفت بتفريطه وإن ألتفها بعده فهي في ذمته إن قلنا إن العبد يملكها بعد التعريف وإن قلنا لا يملكها فهو كما لو ألتفها في حول التعريف ويصلح أن ينبني ذلك على استئانة العبد هل تتعلق برقبته أو ذمته؟ على روايتين وقد مر ذكره في الحبر

(مسئلة) (والمكاتب كالحر في اللقطة) لأن المال له في الحال واكتسابه له دون سيده وهي من اكتسابه فإن عجز عاد عبداً وصار حكمه في لقطنه حكم العبد ، وأم الولد والمدبر والمعلق عتقه بصفة كالقن ومن بعضه حر إذا التقط لقطة فهي بينه وبين سيده إذا لم يكن بينهما مهايأة كالحرين إذا

من الاحتمال أن هذا مال ألقاه صاحبه فيما يئلف بتركه فيه اختياراً منهم فملكه من أخذه كالقدي القوه
 رغبة عنه، ولأن فيما ذكره تحقيقاً لا تلافه فلم يجز كباشرته بالاتلاف، فأما إن انكسرت السفينة فأخرجه
 قوم فقال مالك يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شيء، فلهذا أصابوه وهذا قول الشافعي وابن المنذر
 والقاضي وعلى قياس نص أحمد يكون مستخرجه أجر المثل لأن ذلك وسيلة إلى تخليصه وحفظه
 لصاحبه وصيانيته عن الفرق فإن الفراض إذا علم أنه يبيع إليه الأجر بادر إلى التخليص ليخلصه، وإن
 علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه في استخراجه فينبغي أن يرضى له بالأجر كجعله رداً لبق
 (فصل) ذكر القاضي فيما إذا التقط عبداً صغيراً أوجاربه إن قياس المذهب أنه لا يملك بالتعريف
 وقال الشافعي يملك العبد دون الجارية ولأن التملك بالتعريف عنده اقتراض الجارية عنده لا يملك بالفرض
 وهذه المسئلة فيها نظر فإن القبط محكوم بحريته، فإن كان ممن يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك لم يقبل
 إقراره لأن الطفل لا قول له ولو اعتبر قوله في ذلك لا اعتبر في تعريفه سيده والله أعلم

التقطا لقطة وإن كان بينهما مهايأة لم تدخل في المهايأة في أحد الوجهين لأنها كسب نادر لا يعلم وجوده
 ولا يظن فلم يدخل في المهايأة كالارث. فعلى هذا يكون بينهما وإتاني يدخل في المهايأة لأنها من كسبه
 اشبهت سائر اكسابه فيكون لمن يوجد في يومه وكذلك الحكم في الهدية والوصية وسائر
 الاكساب النادرة فيها الوجهان، فإن كان العبد بين اثنين شركة فلقطته بينهما على ما ذكرنا فيمن
 بعضه حر والله أعلم .



كتاب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ ، واللقيط بمعنى الملقوط فعيل بمعنى مفعول كقولهم قنبل وجربح وطريح ، والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً كطعامه إذا اضطر وانجائه من الفرق ، ووجوبه على الكفاية إذا قام به واحد سقط عن الباقي ، فإن تركه الجماعة أئموا كلهم إذا علموا تركوه مع إمكان أخذه . وروي عن سنين أبي جميلة (١) قال وجدت ملفوفاً فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي يا أمير المؤمنين انه رجل صالح ، فقال عمر أكن ذلك هو ؟ قال نعم قال فاذهب فهو حر ولك ولاؤنا وعلينا نفقته . رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنينا أبا جميلة بهذا وقال علينا رضاعه

(١) سنين أبو جميلة أدرك النبي (ص) وشهد عام الفتح روي عنه الزهري وزيد بن أسلم سئل أبو زرعة عن سنين هذا في اللقيط فلم يكن ثبناً ولم يكن بالمشهور عنده

﴿مسئلة﴾ قال (واللقيط حر)

وجملة ذلك أن اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر . رويناهما هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي

باب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ واللقيط بمعنى الملقوط كالقنبل والجربح والتقاطه واجب لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً كطعامه إذا اضطر وانجائه من الفرق ، وهو من فروض الكفايات إذا قام به من يكفي سقط عن الباقي ، وإن تركه الجماعة أئموا كلهم إذا تركوه مع إمكان أخذه ، وقد روي عن سنين أبي جميلة قال : وجدت ملفوفاً فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي يا أمير المؤمنين انه رجل صالح ، فقال عمر : أكن ذلك هو ؟ قال نعم قال : فاذهب فهو حر ولك ولاؤنا وعلينا نفقته ، رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنينا أبا جميلة بهذا وقال وعلينا رضاعه .

﴿مسئلة﴾ (وهو حر) اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، روي هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم وحماد ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم وقال النخعي : إن التقطه للحسبة فهو حر وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وهذا قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ولا يصح في النظر فإن الأصل في الآدميين الحرية فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وأما الرق لمارض فإذا لم يعلم ذلك المارض فله حكم الأصل

والحكم وحاد ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم ، وقال النخعي ان التقطه لأحسبه فهو حر وان كان أراد أن يسترقه فذلك له ، وذلك قول شذ فيه عن الحنفاء والعلماء ولا يصح في النظر فان الاصل في الآدميين الحرية فان الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وانما الرق للعارض فاذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الاصل

(فصل) ولا يخلو القبط من أن يوجد في دار الاسلام أو في دار الكفر فاما دار الاسلام فضربان (أحدهما) دار اختطها المسلمون كقنداد والبصرة والكوفة فلقبط هذه محكوم بإسلامه ، وإن كان فيها أهل القذة تغلبوا للاسلام واطاهر الدار ولان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه (الثاني) دار فتحها المسلمون كمداين الشام فهذه ان كان فيها مسلم واحد حكم بإسلام لقبطها لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغلباً للاسلام وإن لم يكن فيها مسلم بل كل أهلها ذمة حكم بكفره لان تغليب حكم الاسلام إنما يكون مع الاحتمال ، وأما بلد الكفار فضربان أيضاً (أحدهما) بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كاساحل فهذا كالتقسيم الذي قبله ان كان فيه مسلم واحد حكم بإسلام القبط وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر ، وقال الفاضل يحكم بإسلامه أيضاً لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه بخلاف الذي قبله فإنه لا حاجة به الى كتم إيمانه في دار الاسلام ، وإن كان في بلد كان للمسلمين ثم غلب عليه المشركون ثم ظهر عليه المسلمون وأقروا فيه أهله بالجزية فهذا كالتقسيم الثاني من دار الاسلام

(مسألة) (ينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه ما ينفق عليه)

إذا لم يوجد مع اللقيط شيء لم يلزم الملتقط الاتفاق عليه في قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط ، كوجوب نفقة الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجة والمالك والولاء متضمنة فالالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك النفقة كما لو فعله بغير اللقيط ، ونجى نفقته في بيت المال لقول عمر رضي الله عنه في حديث أبي جميلة : اذهب فهو حر ولك ولاؤه ، وعلينا نفقته ، وفي رواية : من بيت المال ولان بيت المال وارثه وماله مصروف اليه فكانت نفقته عليه كقرابته ومولاه . فان تعذر الاتفاق عليه من بيت المال لسكونه لا مال فيه أو كان في مكان لا امام فيه أو لم يعط شيئاً فعلى من علم حاله من المسلمين الاتفاق عليه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولان في ترك الاتفاق عليه هلاكه ، وحفظه من ذلك واجب كالتقاضي من الفرق وهو فرض كفاية ، ومن أنفق عليه متبرعاً فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره ، وإن لم يتبرع أحد بالاتفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه اذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم القبط ذلك اذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي والشافعي ، فان أنفق بغير أمر الحاكم محتسباً بالرجوع

(الثاني) دار لم تكن للمسلمين أصلاً كبلاد الهند والروم فإن لم يكن فيها مسلم فلقبطها كافر لأن الدار لهم وأهلها منهم ، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم احتمل أن يحكم بالإسلام تغليباً للإسلام واحتمل أن يحكم بكفره تغليباً للدار والاكثر وهذا التفصيل كله مذهب الشافعي ، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً في أي مكان وجد ان غسله ودفنه في مقابر المسلمين يجب وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين قال إذا وجد لقبطي في قرية ليس فيها الا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به انه كافر هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي (فصل) وفي الموضع الذي حكمنا بالإسلامه انما يثبت ذلك بظاهر لا يقينا لانه يحتمل أن يكون ولد كافر فلو أقام كافر بينة انه ولده ولد علي فراشه حكمنا له به وإذا بلغ القبط حداثاً أصبح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم سواء كان ممن حكم بالإسلامه أو كفره ، وإن وصف الكفر وهو ممن حكم بالإسلامه فهو مرتد لا يقر على كفره وبهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي وها أنه يقر على كفره وهو منصوص الشافعي لأن قوله أقوى من ظاهر الدار وهذا وجه مذهب لان دلائل الاسلام وجد عرباً عن المعارض وثبت حكمه واستقر نلم يجر إزالة حكمه قوله كما لو كان ابن مسلم ، رقبه لادلاله فيه أصلاً لأنه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه وانما يقول هذا من تلقاء نفسه. فعلى هذا إذا بلغ استتيب ثلاثاً فإن تاب والا قتل ، فأما على قولهم فقال القاضي ان وصف كفره يقر أهله عليه بالجزية

عليه فقال احمد تؤدي النفقة من بيت المال ، وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه بخلف ما أنفق احتساباً فإن حلف استسعي ، وقال الشعبي ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر لا يرجع بشيء لانه أنفق عليه من غير اذنه ولا اذن وليه ولا اذن الحاكم فلم يرجع بشيء كما لو تبرع به .

ولنا أنه أداء مال وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن اذا قضى عن المضمون عنه .

(مسئلة) (ويحكم بالإسلامه إلا أن يوجد في بلد الكفار ولا مسلم فيه فيكون كافرأ فان كان فيه مسلم فعلى وجهين) .

إذا وجد القبط في دار الاسلام فهو محكوم بالإسلامه وإن كان فيها أهل الذمة تغليباً للإسلام واطاهر الدار ولان الاسلام يعلو ولا يعلى ودار الاسلام قسمان :

(أحدهما) ما اختطه المسلمون كبغداد والبصرة فلقبطها محكوم بالإسلامه على ما ذكرنا

(الثاني) دار فتحها المسلمون كدائن الشام فهذه ان كان فيها مسلم حكم بالإسلام لقيطه لانه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغليباً للإسلام وان لم يكن فيها مسلم بل كان أهلها أهل ذمة حكم بكفره لان تغليب حكم الاسلام إنما يكون مع الاحتمال. فأما بلد الكفار فضربان أحدهما بلد كان للمسلمين تغلب الكفار عليه كالساحل

عقدت له الذمة فان امتنع من التزامها أو وصف كافر لا يقر أهله عليه الحق بأمته، وهذا بعيد جداً فان هذا القبط لا يخلو من أن يكون ابن وثني حربي فهو حاصل في يد المسلمين بغير عهدة ولا عقد فيكون لو أجده وبصير مسلماً باسلام سايه أو يكون ابن ذميين أو أحدهما ذمي فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب أو يكون ابن مسلم أو ابن مسلمين فيكون مسلماً، قال احمد في أمة نصرانية ولدت من فجور ولدها مسلم لان أبويه يهودانه وينصرانه وهذا ليس معه إلا أمه وإذا لم يكن لهذا الولد حال بمحمل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه فكيف يرد إلى دار الحرب

(فصل) اذ جنى القبط جناية تحملها العاقلة فالعقل على بيت المال لان ميراثه له ونفقته عليه وان جنى جنسية لا تحملها العاقلة فخكه فيها غير حكم القبط ان كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل أقتص منه وان كانت موجبة للمال وله مال استوفى منه والا كان في ذمته حتي يوسر، وإن جنى عليه في النفس جناية توجب اللدية فهي لبيت المال لانه وارثه وان كان عمداً محضاً فالامام مخير بين استيفاء القصاص ان رآه احظ لللاقط والعفو على مال وهذا قال الشافعي وابن المنذر وابو حنيفة إلا انه يخيره بين القصاص والمصالحة وذلك لقول النبي ﷺ فالسلطان ولي من لا ولي له وان جنى عليه فيما دون النفس جناية توجب الارش قبل بلوغه فلوليه اخذ الارش وان كانت عمداً موجبة للقصاص وللقبط مال يكفيه وقف الامر على بلوغه ليعتص او يعفوسواء كان عاقلاً او معتوها وان لم يكن له

فهذا كالقسم الذي قبله وان كان فيه مسلم حكم باسلام لقيطه وان لم يكن فيه مسلم فهو كافر، وقال القاضي يحكم باسلامه أيضاً لانه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه بخلاف الذي قبله فانه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الاسلام (الثاني) دار لم تكن للمسلمين أصلاً كبلاد الهند والروم فان لم يكن فيها مسلم فلقبطها كافر لان الدار لهم وأهلها منهم، وإن كان فيها مسلمون كالنجار وغيرهم ففيه وجهان (أحدهما) يحكم باسلامه تغلياً للاسلام والثاني يحكم بكفره تغلياً للدار والأكثر وهذا التفصيل مذهب الشافعي وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً في أي مكان وجد أنه يجب غسله ودفنه في مقابر المسلمين وقد منوا أن يدفن اطفال المشركين في مقابر المسلمين قال وإذا وجد لقيط في قرية ليس فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي :

(مسئلة) (وما وجد معه من فراش تحته أو ثياب أو مال في جيبه أو تحت فراشه أو حيوان مشدود بثيابه فهو له، وان كان مدفوناً تحته أو مطروحاً قريباً منه فعلى وجهين)

وجملة ذلك أن ما وجد مع اللقيط فهو له ينفق عليه منه وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لان الطفل بملك وله يد صحيحة بدليل أنه يرث ويورث ويصح أن يشتري له وليه ويبيع ومن له ملك (المغني والشرح الكبير) (٤٨) (الجزء السادس)

مال وكان عاتلا انتظار بلوغه ايضا وان كان معتمدا فلارل العفو على مال يأخذه له لان المعنوية ليست له حال معلومة منتظرة فان ذلك قد يدوم به والمائل له حال منتظرة فانتظره في الحال التي ينتظر بلوغه فان الجاني يحبس - حتى يبايع القيط فيستوفي نفسه وهذا مذهب الشافعي وقد روي عن أحمد رواية أخرى ان الامام استيفاء القصاص له وهو مذهب أبي حنيفة لانه احد نوعي القصاص فكان للامام استيفاءه عن القيط كالفصاص في النفس

ولنا انه قصاص لم يتحتم استيفاءه فوقف على قوله كما لو كان بالغا غائبا، وفارق القصاص في النفس فان القصاص ليس هو له انما هو لوارثه والامام المتولي له

(فصل) وان قذف القيط بعد بلوغه محصنا حد ثمانين لانه حر، وان قذفه قاذف وهو محصن فعليه الحد لانه محكوم بحريته فان ادعى القاذف انه عبد فصده القيط سقط الحد لاقرار المستحق بسقوط الحد ويجب التعزير لقذفه من ايس بمحصن وان كذبه القيط. وقال اني حر قال قول قوله لانه محكوم بحريته فقوله موافق للظاهر ولذلك اوجبنا عليه حد الحر اذا كان قاذفا وأوجبنا له القصاص وان كان الجاني حرا وبمحتمل ان يكون القول قول القاذف لانه يحتمل صحة ما قاله بان يكون ابن امة فيكون ذلك شبهة والحد يندري بالشبهات، وفارق القصاص له اذا ادعى الجاني عليه انه عبد لان القصاص ليس بمحد وانما وجب حقا لا دمي ولذلك جازت المصالحمة عنه واخذ بدله بخلاف حد القذف، وبتمخرج

صحيح فله يد صحيحة كالبالغ. إذا ثبت هذا فكل ما كان متصلا به أو متعلقا بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر، فمن ذلك ما كان لا بسا له أو مشدودا في ملبوسه أو في يديه أو تحته أو مجعولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم والثياب التي تحتها والتي عليه، وان كان مشدودا على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو دار فهي له وأما المنفصل عنه فان كان بعيدا منه فليس في يده، وان كان قريبا منه ككتاب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك لانه منفصل عنه فهو كالبعيد (والثاني) هو له ولان الظاهر أنه ترك له فهو كالذي تحته ولان القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بانه في يده والحال إذا جلس للاستراحة ترك حمله قريبا منه وهذا أصح، فأما المدفون تحته فقال ابن عقيل إن كان الحفر طريا فهو له وإلا فلا لان الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع القيط حفره وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه وقيل ليس هو له بحال لانه بموضع لا يستحقه اذا لم يكن الحفر طريا فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه، ولان الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه وكل ما حكمنا بانه ليس له فحكمه حكم اللقطة أو الركاز

(مسألة) (وأولى الناس بمحضاته واجده إن كان أمينا لان عمر رضي الله عنه اقر القيط في يد أبي جميلة حين قال عريفه انه رجل صالح ولانه سبق اليه فكان أولى به لقول النبي ﷺ من

من هذا ان الاقريط اذا كان قاذفا فادعى انه عيب ليجب عليه حد العبد قبل منه لذلك والاول اصح لان كل من كان محكوما بحريته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط الحد لهذا الاحتمال لسقط وان لم يدع القاذف رقه لانه موجود وان لم يدعه

(مسئلة) قال (وينفق عليه من بيت المال ان لم يوجد معه شيء ينفق عليه)

وجهه ان الاقريط اذا لم يوجد معه شيء لم يلزم الملتقط الانفاق عليه في قوله عامة اهل العلم وقال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان نفقة الاقريط غير واجبة على الملتقط كزوج نفقة الولد وذلك لان اسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجة والمالك والاولاء منتفية والالتقاط انما هو تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك النفقة كولو فعله بشير الاقريط وتجب نفقته في بيت المال لقول عمر رضي الله عنه في حديث ابي جميلة اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته وفي رواية من بيت المال ولان بيت المال وارثه وماله مصروف اليه فتكون نفقته عليه كقرابته ومولاه فان تعذر الانفاق عليه من بيت المال اسكونه لامل فيه او كان في مكان لا امام فيه او لم يعط شيئا فلي من علم حاله من المسلمين الانفاق عليه لقول الله تعالى (وتمازوا على البر والتقوى) ولان في ترك الانفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجب كاتقائه من الفرق، وهذا فرض كفاية اذا قام به

سبق إلى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به» وهل يجب الاشهاد عليه؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب كالا يجب الاشهاد في اللقطة (والثاني) يجب لان القصد بالاشهاد حفظ النسب والحرية فاختص بوجوب الشهادة كالنكاح، وقارق اللقطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كالبيع (مسئلة) (وله الانفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم، وعنه ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا باذنه)

وجهه ذلك أنه ينفق على اللقطة مما وجد معه وما حكم له به فان كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذومال فأشبهه غيره من الناس ولملتقطه الانفاق عليه منه بغير إذن الحاكم ذكره ابن حامد لانه وليه فلم يعتبر في الانفاق عليه إذن الحاكم كولي اليتيم ولان هذا من الامر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتشديد الحر، وروى أبو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب فقال تقوم امرأته الى الحاكم حتى يأمره بالانفاق عليهم فلم يجعل له الانفاق من غير إذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين (أحدهما) أن الملتقط له ولاية على اللقطة وعلى ماله فان له ولاية أخذه وحفظه (والثاني) أنه ينفق على اللقطة من ماله وهذا بخلافه ولان الانفاق على الصبي من مال الله مشروط بكون الصبي محتاجا إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه وذلك لا يقبل

قوم سقط. عن الباقرين فان تركه الكل اثموا ومن انفق عليه متبرعا فلا شيء له سواء كان الملتقط. او غيره وان لم يتبرع بالاتفاق عليه فانفق عليه الملتقط. او غيره محتسبا بالرجوع عليه اذا ايسر وكان ذلك بامر الحاكم لزم القبط. ذلك اذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وان انفق بغير امر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه فقال احمد تؤدى النفقة من بيت المال وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة اذا اشهد عليه وقال عمر بن عبد العزيز يحلف ما انفق احتساباً فان حلف استسعى وقال الشعبي ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر هو متبرع به

ولنا انه ادى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كائناً اذا قضى عن المضمون عنه وقد ذكرنا حكم هذا الاصل في موضعه

(فصل) فاما ان وجد مع القبط شيء فهو له وينفق عليه منه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان الطفل يملك له يد صحيحة بدليل أنه يرث وبورث، ويصح أن يشتري له واية ويبيع، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبايع. إذا ثبت هذا فكل ما كان متصلاً به أو متعلقاً بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكاً له في الظاهر، فمن ذلك ما كان لا يسهل له أو شديداً في ملبوسه أو في يديه أو يجمعولاً فيه كالسرير واللفظ وما فيه من فرش أو دراهم، والثياب التي تحته والتي

فيه قول المودع فاحتيج إلى اثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسئلتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في القبط، ومتى لم يجد حاكماً فله الاتفاق بكل حال لانه حال ضرورة وقال الشافعي ليس له أن ينفق بغير إذن حاكم في موضع يجد حاكماً وان أنفق ضمنه بمنزلة مالو كان لأبي الصغير ودیعة عند إنسان فأنتفق عليه منها وذلك لانه لا ولاية له على ماله وإنما له حق الحضانة فان لم يجد حاكماً ففي جواز الاتفاق وجهان

ولنا ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فانا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس، به وذكرنا الفرق بين القبط وبين ما قاسوا عليه. إذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكماً لانه أبعد من التهمة وأقطع للظنة وفيه خروج من الخلاف وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق وينبغي أن ينفق، عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فان بلغ القبط واختلفاً في قدر ما أنفق وفي التفريط في الاتفاق فالقول قول المتفق لانه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم .

(مسئلة) (فان كان الملتقط فاسقاً لم تقر في يده وهو قول الشافعي) لان حفظه للولاية عليه ولا ولاية لفاسق وظاهر كلام الحرقي أنه يقر في يده لقوله وان لم يكن من وجد القبط أميناً منع من السفر به لئلا يدعي رقة، فعلى قوله ينبغي أن يجب الاشهاد عليه ويضم اليه من يشرف عليه لانا إذا

عليه ، وان كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو في دار فهي له ، وأما المنفصل عنه فإن كان بعيداً منه فليس في يده ، وان كان قريباً منه ككتاب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان (أحدهما) ليس هو له لأنه منفصل عنه فهو كالبعيد (والثاني) هو له وهو أصح لان الظاهر أنه ترك له فهو له بمنزلة ما هو تحته ولان القرب من البالغ يكون في يده ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاءه بقربه وبحكم بأنه في يده ، والحال اذا جالس لاستراحة ترك حمله قريباً منه ، فأما المدفون تحته قتال ابن عقيل ان كان الحفر طرياً فهو له والا فلا لان الظاهر أنه اذا كان طرياً فواضع اللقيط حفره ، واذا لم يكن طرياً كان مدفوناً قبل وضعه وقيل ليس هو له بحال لانه بموضع لا يستحقه اذا لم يكن الحفر طرياً فلم يكن له إذا كان طرياً كالبعيد منه ، ولان الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه وكما احكنا بأنه ليس له فخكه حكم اللقطة وما هو له أنفق عليه منه فإن كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذو مال فأشبهه غيره من الناس . اذا ثبت هذا فان للملئقة الاتفاق عليه بغير إذن الحاكم ذكره ابو عبدالله بن حامد لانه ولي له فلم يعتبر في الاتفاق عليه في حقه اذن الحاكم كوصي اليتيم ، ولان هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر ، وروى أبو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلاً مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ؟ فقال تقوم امرأته إلى الحاكم حتى يأمره بالاتفاق

ضمنا اليه في اللقطة من يشرف عليه فهنا أولى قال القاضي والمذهب أنه ينزع من يده ، ويفارق اللقطة من ثلاثة أوجه (أحدها) أن في اللقطة معنى الكسب وليس ههنا إلا الولاية (الثاني) أن اللقطة لو انتزعتها منه رددناها اليه بعد الحول فذلك احتطنا عليها مع بقائها في يده وههنا لا يرد اليه بعد الانتزاع منه بحال فكان الانتزاع أحفظ (والثالث) أن المقصود ثم حفظ المال ويمكن الاحتياط عليه بان يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها وههنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل إلى الاستظهار عايه لانه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان ولان اللقطة إنما يحتاج إلى حفظها والاحتياط عليها عاما واحداً وهذا يحتاج إلى الاحتياط عليه في جميع زمانه وقد ذكرنا أن ظاهر قول الحرقى أنه لا ينزع منه لانه قد ثبتت له الولاية بالنقطة إياه وسبقه اليه وأمكن حفظه في يديه بالاشهاد عليه وضم أمين بإشارته اليه وبشيم أمره فيظهر أنه لقيط فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جماً بين الحقين كاللقطة وكما لو كان الوصي خاتماً ، قال شيخنا وما ذكره القاضي من الترجيح للقطة يمكن معارضته بان اللقيط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه بخلاف اللقطة فانها خفية تنطرق اليها الخيانة ولا يعلم بها ويمكن أخذ بعضها وتنقيصها وابدائها بخلاف اللقيط ، ولان المال محل الحياة والنفوس الى أخذه داعية بخلاف النفوس فعلى هذا متى أراد هذا الملئقة السفر باللقيط ، منع منه لانه يبعده عن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعي رقه ويبيعه

عليهم فلم يجعل له الاتفاق عليهم من غير إذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله ، والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين (أحدهما) أن المنتقط له ولاية على القبط وعلى ماله فان له ولاية أخذه وحفظه (والثاني) أنه يتفق على القبط من ماله وهذا بخلافه ، ولأن الاتفاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجا إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برصمه ، وذلك لا يقبل فيه قول المردع فاحتيج إلى اثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسئلتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في القبط ، ومتى لم يجد حاكما فله الاتفاق بكل حال لانه حال ضرورة ، وقال الشافعي ليس له أن يتفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكما ، وإن أنفق ضمن بمنزلة ما لو كان لابي الصغير ودائم عند انسان فأنفق عليه منه وذلك لانه لا ولاية له على ماله وإنما له حق الحضانة وإن لم يجد حاكما ففي جواز الاتفاق وجهان

والأما ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فإنا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس به ، وذكرنا الفرق بين القبط وبين ما فاسوا عليه ، فإذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكما لانه أبود من التهمة وأقطع لاطنة وفيه خروج به من الخلاف وحفظ لما له من أن يرجع عليه بما أنفق ، فإذا ثبت هذا فينبغي أن يتفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فان بلغ القبط واختلنا في قدر ما أنفق وفي التفريط في الاتفاق فالقول قول المنفق لانه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم

(فصل) فان كان المنتقط مستورا الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا خيانة أقر القبط في يديه لان حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في التسكاح والشهادة فيه وفي أكثر الأحكام لان الأصل في المسلم العدالة ولذلك قال عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض فان أراد السفر بليقطة فقيه وجهان (أحدهما) لا يقر في يديه وهو مذهب الشافعي لانه لم تتحقق أمانته فلا تؤمن الخيانة منه فيه (والثاني) يقر في يديه لانه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم اليه فأشبه العدل ولان الظاهر السر والصيانة ، فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته فيقر القبط في يده حضراً وسفراً لانه مأمون اذا كان سفره لغير القلة

(مسئلة) (فان كان المنتقط رقيقاً لم يقر في يده)

وجملته أنه ليس للعبد التقاط الطفل المتبوء اذا وجد من يلتقطه سواء لان منافعه مملوكة لسيده فلا يذهبها في غير نفعه الا باذنه ولانه لا يثبت على القبط الا الولاية ولا ولاية لبد فان التقطه لم يقر في يده الا باذن السيد فان أذن له أقر في يده لانه استعان به في ذلك فصار كما لو التقطه سيده وسلمه اليه ، قال ابن عقيل اذا أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه السيد والحكم في الامة كالحكم في العبد ، فأما ان لم يجد أحداً يلتقطه سواء وجب التقاطه لانه تخليص له

(مسألة) قال (وولاؤه لسائر المسلمين)

يعني ميراثه لهم فان الاقريط حر الاصل ولا ولاء عليه ، وانا يرثه المسلمون لانهم خولوا كل مال لامالك له ولاهم يرثون مال من لا وارث له غير الاقريط فكذلك الاقريط ، وقول الحرقي وولاؤه لسائر المسلمين تجوز في اللفظ لاشتراك سائر المسلمين ومن له الولاة في أخذ الميراث وحيازته كله عند عدم الوارث هذا هو الظاهر وهو قول مالك والثاني وأكثر أهل العلم ، وقال شريح وإسحاق عليه الولاة للثقة لما روى واثلة بن الاسم قال : قال رسول الله ﷺ « المرأة تحوز ثلاثة موارد عتيقها ولتيطها وولدها الذي لا عنت عليه » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال عمر لابي جميلة في لقطته هو حر ولك وولاؤه وعلينا نفقته

ولنا قول النبي ﷺ « اما الولاة لمن أعتق » ولانه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولا كالعرف نسبة ولانه إن كان ابن حرين فلا ولاء عليه وان كان ابن معتقين فلا يكون عليه ولاء الغير معتقهما ، وحديث واثلة لا يثبت قاله ابن المنذر ، وخبر عمر قال ابن المنذر : أبو جميلة رجل مجبول لا تقوم بحديثه حجة . ويحتمل أن عمر رضي الله عنه عني بقوله : لك وولاؤه أي لك ولايته والقيام به وحفظه لذلك ذكره عقيب قول عريفه أنه رجل صالح وهذا يقتضي تمويض الولاية اليه لكونه مأمونا عليه

من الهلاك فهو كتحليصه من الفرق ، والمدير وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالقن وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه الا أن يأذن له سيده في ذلك

(مسألة) (أو كافر أو الاقريط مسلم)

ليس للكافر التقاط من حكم بإسلامه لانه لا ولاية للكافر على مسلم ولانه لا يؤمن أن يعلمه الكفر بل الظاهر أنه يريه على دينه وينشأ على ذلك كولدته فان التقطه لم يقر في يده فان كان الطفل محكوما بكفره فله النقاط لان الذين كفروا بعضهم أولياء بعض

(مسألة) (أو بدويا ينتقل في المواضع ففيه وجبان)

(أحدها) أنه يقر في يده لان الظاهر أنه ابن بدويين وأقراره في يد مائتقه أرجى لكشف

نسبه (والثاني) يؤخذ منه فيدفع الى صاحب قرية لانه أرقه له وأخف عليه

(مسألة) (وان وجدته في الحضر وأراد نقله الى البادية لم يقر في يده لوحين)

(أحدها) أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياء وأرقه له (والثاني) أنه اذا وجد في الحضر

فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور اهله واعتراهم به

(مسألة) (وان التقطه في البادية مقيم في حلة أقر في يده لانه ينقله من أرض البؤس والشفاء

الى الرفاهية والدعة والدين

دون الميراث. إذا ثبت هذا فان حكم القبط في الميراث حكم من عرف نسبه وانرض أهله يدفع إلى بيت المال اذا لم يكن له وارث فان كان له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال وان كانت امرأة لها زوج فله النصف والباقي لبيت المال وان كانت له بنت أو ذو رحم كبت بنت أخذت جميع المال لان الرد وذو الرحم مقدم على بيت المال والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (وان لم يكن من وجد القبط أميناً منع من السفر به)

وجملة ذلك ان الملتقط ان كان اميناً أقر القبط في يده لان عمر رضي الله عنه أقر القبط في يد أبي جهيلة حين قال له عريفه انه رجل صالح ولانه سبق اليه فكان أولى به تقول النبي ﷺ « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » وهل يجب الاشهاد عليه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب كما لا يجب الاشهاد في النقطة (والثاني) يجب لان التصديق بالاشهاد حفظ النسب والحرية فاختص بوجوب الشهادة كالنكاح ، وفارق النقطة فان المقصود منها حفظ المال فلم يجب الاشهاد فيها كالبيع ، فأما ان كان غير أمين فظاهر كلام الحنفي انه يقر في يده ويمنع من السفر به لتلايد عي رقه وبيعته ، ويذخي أن يجب الاشهاد عليه وبضم اليه من يشرف عليه لاننا اذا ضمنا اليه في النقطة من يشرف عليه فهمنا أولى ، وقال القاضي : المذهب انه ينزع من يده وهذا قول الشافعي لانه ليس في حفظ القبط الا الولاية ولا ولاية لفاسق وفارق النقطة من ثلاثة أوجه (أحدها) ان في النقطة معنى الكسب وليس ههنا الا الولاية

﴿مسئلة﴾ (وان التقطه في الحضر من يريد نقله الى بلد آخر للإقامة فيه لم يحز في أحد الوجهين) لان بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في يده قياساً على المنتقل به الى البادية (والثاني) يقر في يده والبلد الثاني كالاول في الرفاهية فيقر في يده كالمنتقل من أحد جانبي البلد الى الجانب الآخر وفارق المنتقل به الى البادية لانه يضر به بتفويت الرفاهية عليه

﴿مسئلة﴾ (وان التقطه اثنان قدم الموسر على المعسر والحاضر على المسافر فان استويا وتشاحا قرع بينهما) اذا التقطه اثنان وتناولاه تناولاً واحداً لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون أحدهما ممن يقر في يده كالمسلم العدل الحر والآخر لا يقر في يده كالكافر اذا كان الملتقط مسلماً والفاسق والعبد اذا لم يأذن له سيده فانه يسلم الى من يقر في يده دون شريكه كمن التقطه وحده ولان الشريك لو التقطه وحده لم يسلم اليه فاذا شاركه من هو من أهل الالتقاط كان أولى بالتسليم اليه واقاراره في يده (والثاني) أن يكونا جميعاً ممن لا يقر في يده واحد منهما فانه ينزع منهما ويسلم الى غيرهما (الثالث) أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفردا لا أن أحدهما أحظ للقبط من الآخر بأن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لان ذلك أحظ للطفل وكذلك ان كان أحدهما مقيماً والآخر مسافراً لانه أرفق بالطفل

(فصل) وان التقط مسلم وكافر طفلاً محكوماً بكفره فالمسلم أحق وقال أصحابنا وأصحاب الشافعي

(والثاني) ان اللقطة لو انتزعتها منه رددناها اليه بعد الحول فاحتطنا عليها مع بقائها في يديه وههنا لا ترد اليه بعد الانتزاع منه بحال فكان الانتزاع أحوط [وثالث] ان المقصود ثم حفظ الحال ويمكن الاحتياط عليه بأن يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها وههنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل الى الاستظهار عليه لانه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان ، ولان اللقطة انما يحتاج الى حفظها والاحتياط عليها عاما واحداً وهذا يحتاج الى الاحتياط عليه في جميع زمانه . وأما على ظاهر قول الحرقى فلا ينزع منه لانه قد ثبت له الولاية بالنقطة اياه وسبقه اليه وأمكن حفظ القبط في يديه بالشهاد عليه وضم أمين يشارفه اليه ويشيع أمره فيعرف انه لقيط فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعا بين الحقين كما في اللقطة وكما لو كان الوصي خائناً ، وما ذكر من الترجيح للقطعة فيمكن معارضته بأن القبط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه واللقطة مستورة خفية تتطرق اليها الخيانة ولا يعلم بها ، ولان اللقطة يمكن أخذ بعضها وتقيصها وإبدالها ولا يتمكّن من ذلك في القبط ولان المال محل الخيانة والنفوس الى تناوله وأخذه داعية بخلاف النفوس ، فعلى هذا اني أراد المنتقط السفر بالقبط منع منه لانه يبعده عن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعي رقه ويبعه

(فصل) وإذا انتقط القبط من هو مستور الحال لم يعرف منه حقيقة العدالة ولا الخيانة أقر القبط في يديه لان حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه وفي أكثر الاحكام ولان

هما سواء لان للكافر ولاية على الكافر ويقر في يده اذا انفرد بالنقطة فساوى المسلم في ذلك ولنا أن دفعه الى المسلم أخط له لانه يصير مسلماً فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والصغار ، فان ترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي انما يتعلق به توسعة عليه في الاتفاق وقد يكون الموسر بخيلاً فلا تحصل التوسعة فان تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى لان النفع الحاصل له باسلامه أعظم من النفع الحاصل له بيساره مع كفره وعندهم يقدم الكافر وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخل لان حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار ، فان تساوى وتشاحا أقرع بينهما واذا تساوى في الاوصاف التي تقتضي تقديم أحدهما على الآخر فرضي أحدهما بتسليمه الى صاحبه جاز لان الحق له فلا يمنع من الاثار به وان تشاحا أقرع بينهما لقوله تعالى (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولانه لا يمكن كونه عندهما في حالة واحدة وان تأياهما يوماً ويوماً أو أكثر أضر بالطفل لاختلاف الاغذية عليه والانس والالف ولا يمكن دفعه الى أحدهما من غير قرعة لان حقهما متساو فتقديم أحدهما بغير قرعة تحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين السيد في الاعناق والرجل والمرأة سواء ولا

الاصل في المسلم العدالة ولذلك قال عمر رضي الله عنه : المسلمون عدول بعضهم على بعض ، فان أراد السفر بلقطه فنيه وجهان [أحدهما] لا يقر في يديه وهذا مذهب الشافعي لانه لم يتحقق أمانته فلم تؤمن الحباية منه (والثاني) يقر في يديه لانه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم اليه فأشبهه العدل ولان الظاهر الستر والصيانة ، فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته فيقر القبط في يده في سفره وحضره لانه مأمون عليه اذا كان سفره لغير النقلة

(فصل) فان كان سفر الامين بالقيط الى مكان يقيم به نظرنا فان كان التقطه من الحضر فأراد النقلة به إلى البادية لم يقر في يده لوجهين (أحدهما) أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرفه له (والثاني) انه اذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعتراهم به فان أراد النقلة به الى بلد آخر من الحضر فنيه وجهان (أحدهما) لا يقر في يده ولان بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في يد المنتقل عنه قياساً على المنتقل به الى البادية (والثاني) يقر في يده لان ولايته ثابتة ، والبلد الثاني كالاول في الرقاية فيقر في يده كما لو انتقل من أحد جانبي البلد الى الجانب الآخر ، وفارق المنتقل به إلى البادية لانه يضربه بتزويت الرقاية عليه وان التقطه من البادية فله نقله الى الحضر لانه ينزله من أرض البؤس والشفاء إلى الرقاية والدعة والدين ، وان أقام به في حلة يستوطنها فله ذلك ، وان كان ينتقل به الى المواضع احتمل أن يقر في

ترجىح المرأة ههنا كما ترجىح في حضانه ولدها على أبيه لانها رجحت ثم لشفتها على ولدها وتوليها لحضاته بنفسها والاب يحضنه باجنبيه فكانت أمه أحظ له وأرفق به أما ههنا فهي أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه باجنبيه فاستوتا ، ومذهب الشافعي على ما ذكرنا فان كان أحدهما مستورا لالحال والآخر ظاهر العدالة احتمل ترجىح ظاهر العدالة لان المانم من الالتقاط منتف في حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه فيكون الحظ للطفل في تسليمه اليه أنهم ويحتمل أن يتساويا لان احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجىح

(فصل) فان رأياه جميعاً فسبق اليه أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله عليه السلام « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » فان رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق الى أخذه الآخر فالسابق الى أخذه أحق لان الالتقاط هو الاخذ دون الرؤية فان قال أحدهما لصاحبه ناولنيه فأخذه الآخر نظرنا الى نيته فان نوى أخذه لنفسه فهو أحق به كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه وان نوى مناولته فهو للآخر لانه فعل ذلك بنية التيا به عنه فأشبهه ما لو توكل له في تحصيل مباح ﴿ مسألة ﴾ (فان اختلفا في الملتقط منهما قدم من له بينة)

لأنها أقوى فان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقها تاريخاً لان الثاني انما أخذ ما قد ثبت الحق فيه لغيره فان استوى تاريخهما أو اطلقتا أو أرخت احدهما وأطلقت الاخرى تعارضتا وهل

يديه لان الظاهر أنه ابن بدويين واقراراه في يدي ملتقطه أرجى لكشف نسبه ، وبمحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية لانه أرغه له وأخف عليه وكل موضع قلنا ينزع من ملتقطه فأنما يكون ذلك إذا وجد من يدفع اليه ممن هو أولى به فان لم يوجد من يقوم به أقر في يدي ملتقطه لان اقراره في يديه مع قصوره أولى من اهلاكه ، وان لم يوجد إلا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به اذ لا فائدة في نزعه من يده ودفعه الى مثله

(فصل) وليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ إذا وجد من يلتقطه سواء لان منافعه لسيده فلا يذهبها في غير نفعه الا بأذنه ولانه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية ، ولا ولاية لبس فان التلقط لم يقر في يديه الا أن يأذن له السيد فان أذن له أقر في يديه لانه استعان به في ذلك فصار كما لو التلقط يده وسلمه اليه . قال ابن عقيل إن أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التلقط ، والحكم في الامة كالحكم في المكاتب ، فلما ان لم يجد أحدا يلتقطه سواء وجب التقاطه لانه تخليص له من الهلاك فأشبه تخليصه من الغرق ، والمدير وأم الولد والمملوق عتقا بصفة كالتن وكذلك المكاتب لانه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه إلا أن يأذن له سيده في ذلك

(فصل) وليس لكافر التقاط مسلم لانه لا ولاية لكافر على مسلم ولانه لا يؤمن أن يقننه ويعلمه الكفر بل الظاهر أنه يربيه على دينه وينشأ على ذلك كولد ، فان التلقط لم يقر في يده وان كان الطفل

يسقطان أو يستعملان فيه وجهان (أحدهما) يسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما (والثاني) يستعملان ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه فهو أولى ، ونذكر ذلك في باب ان شاء الله تعالى فان كان اللقيط في يد أحدهما فهل تقدم بينته أو تقدم بينة الخارج فيه وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى المال

﴿مسئلة﴾ (فان لم يكن لهما بينة قدم صاحب اليد فيكون القول قوله مع يمينه أنه التلقط)

ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي قياس المذهب أنه لا يحلف كافي الطلاق والنكاح ولنا قول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين

على المدعى عليه » رواه مسلم

﴿مسئلة﴾ (فان كان في أيديهما أقرع بينهما فيسلم الى من تقع له القرعة مع يمينه)

وعلى قول القاضي لا يشرع اليمين ههنا ويسلم اليه بمجرد وقوع القرعة له

﴿مسئلة﴾ (فان لم يكن لهما يد فوصفه أحدهما قدم)

نحو ان يقول في ظهره شامة أو بجسده علامة فيقدم بذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي

حنيفة وقال الشافعي لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعى المدعى فان دعواه لا تقدم بذلك

ولنا أن هذا نوع من اللقطة فقدم بوصفها كلقطة المال ولان ذلك يدل على قوة يده فكان

محكوما بكفره فله التقاطه لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض (فصل) وإن التقطه اثنان وتناولاه تناولا واحدا لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون ممن يقر في يديه كالمسلم العدل الحر والآخر ممن لا يقر في يديه كالكافر إذا كان اللقيط مسلما والفاسق والعبد إذا لم يأذن له سيده والمكاتب فإنه يعلم إلى من يقر في يديه وأن يكون بشاركة هؤلاء كمنها لانه لو التقطه وحده لم يقر في يديه فاذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى (الثاني) أن يكونا جميعا مما لا يقر في يدي واحد منهما فإنه ينزع منهما وبسلم إلى غيرهما (الثالث) أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يديه لو انفرد إلا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر مثل أن يكون أحدهما موسرا والآخر معسرا فاللوسر أحق لأن ذلك أحظ للطفل ، وإن التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره فالمسلم أحق ، وقال أصحابنا وأصحاب الشافعي هما سواء لأن الكافر ولاية على الكافر وبقر في يديه إذا انفرد بالتقاطه فساوى المسلم في ذلك ولنا أن دفعه إلى الله لم أحظ له لانه بصير مسلما فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والخصار فالترجيح بهذا أولى من الترجيح بإيسار الذي إنما يتعلق به توسعة عليه في الاتفاق ، وقد يكون الموسر بخيلا فلا تحصل التوسعة فإن تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيرا والكافر موسرا فالسلم أولى لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بإيساره مع كفره ، وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل لأن حظ الطفل عنده أكثر من

مقدمتهما ، وقياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها لأن اللقيط لقطه ، وإن لم يصفه أحدهما فقال القاضي وأبو الخطاب يسلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرها لانه لاحق لهما قال شيخنا والاولى أن يقرع بينهما كما لو كان في أيديهما لانهما تنازعا حقاً في يد غيرها أشبه ما لو تنازعا ديمة عند غيرهما (فصل) قال رحمه الله (وميراث اللقيط ودبته ان قتل لبيت المال ان لم يخلف وارثاً ، ولا ولاء عليه) وأما ميراثه المسلمون لانهم خولوا كل مال لا مالاك له ولانهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط فكذلك اللقيط وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم ، وقال شريح واسحاق عليه الولاء لللقطة لقول عمر رضي الله عنه لابي جميلة في لقيطه هو حر ولك ولاؤه ولما روى وائلة بن الاسقع قال قال رسول الله ﷺ « المرأة تحوز ثلاث موارث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا غنى عليه » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن اعتق » ولانه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولاء كعروف النسب ولانه لا ولاء عليه ان كان ابن حريم ، وإن كان ابن معتق فلا يكون عليه ولاء لغير معتقها وحديث وائلة لا يثبت قاله ابن المنذر وقال في خبر عمر أبو جميلة رجل مجهول لا تقوم بحديثه حجة ، ويحتمل أن يكون عمر رضي الله عنه عني بقوله لك ولاؤه ولاية القيام به وحفظه ولذلك ذكره عقيب قول عريفه أنه رجل صالح وهذا يقتضي تفويض الولاية إليه لكونه مأموناً عليه دون الميراث

الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار ، وربما تخلف بأخلاقه وتعلم من جوده (الرابع) أن يتساويا في كونهما مسلمين عدلين حريين مقيمين فيها سواء فيه فإن رضي أحدهما باسقاط حقه وتسليمه الى صاحبه جاز لأن الحق له فلا يمنع من الايثار به ، وإن تشاحا أقرع بينهما لقول الله تعالى (وما كنت لبيهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولأنه لا يمكن كونه عندهما لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة ، وإن هما ياء فجعل عند كل واحد يوا أو أكثر من ذلك أضرب بالطفل لأنه يختلف عليه الاغذية والانس والاف ولا يمكن دفعه الى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو فتعين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين الذم في البداية بالقسمة وبين العبيد في الاعتاق والرجل والمرأة سواء ولا ترجح المرأة هنا كترجع في حضانة ولدها على أبيه لأنها رجعت ثم لشقتها على ولدها وتوايها لحضانتها بنفسها والاب يحضنه بأجنبية فكانت أمه أحظ له وأرق به ، أما ههنا فإنها أجنبية من القبط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على ما ذكرنا ، فإن كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة احتدل أن يرجح العدل لأن المانع من الاتقاط منتف في حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه فيكون الحظ للطفل في تسليمه اليه أتم ، وبمقتضى أن يتساويا لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح (فصل) وإن رأياه جميعا فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به بقوله عليه السلام

إذا ثبت هذا فحكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع الى بيت المال إذا لم يكن له وارث فإن كانت له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال كمن عرف نسبه والله أعلم فإن قتل خطأ فالدية لبيت المال لأن حكمها حكم الميراث وهو لبيت المال كذلك الدية

(مسئلة) (وإن قتل عمداً فوليّه الامام إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية)

أي ذلك فعل جاز إذا رآه أصالح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر إلا أن أبا حنيفة يخبره بين القصاص والمصالحة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال سلطان ولي من لا ولي له » ومتى عفا على مال أو صالح عليه كان لبيت المال كجناية الخطأ الموجبة للمال .

(مسئلة) (وإن قطع طرفه عمداً انتظر بلوغه إلا أن يكون فقيراً مجنوناً فللامام العفو على

مال ينفقه عليه)

إذا جني على اللقيط جناية فيما دون النفس توجب المال قبل بلوغه فوليّه أخذ الارش وإن كانت موجبة للقصاص وله مال يكفيه وقف الامر على بلوغه ليقص أو يعفو سواء كان عاقلاً أو معتوهاً وكذلك ان لم يكن له مال وكان عاقلاً وإن كان معتوهاً فللامام العفو على مال ينفق عليه لأن المعتوه ليست له حال معلومة تنتظر لأن ذلك قد يدوم به بخلاف العاقل فإن له حالة تنتظر ويجبس الجاني في الحال التي ينتظر بلوغه حتى يبلغ ويستوفي لنفسه وهذا مذهب الشافعي وقدروي عن أحمد أن

« من سبق إلى مال يسبق إليه مسلم فهو أحق به » وإن رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق إلى أخذه الآخر فالسابق إلى أخذه أحق لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية . ولو قال أحدهما لصاحبه ناؤنيه فأخذه الآخر نظرنا إلى نيتنا فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحق كولو لم يأمره الآخر بمناؤاته إياه وأن نوى مناؤاته فهو للآخر لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه فأشبهه ما لو توكّل له في تحصيل مباح

(فصل) فإن اختلفا فقال كل واحد منهما أنا النقطته ولا يثبت لأحدهما وكان في يد أحدهما فاقول قوله مع بينة أنه النقطه ، ذكر ذلك أبو الخطاب وهذا قول الشافعي . وقال القاضي : قياس المذهب انه لا يخلف كما في الطلاق والنجاح

ولنا قول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعوائهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن البين على المدعى عليه » رواه مسلم ، فإن كان في يديهما أفرع بينهما فمن قرع صاحبه حاف وسلم إليه ، وعلى قول القاضي لا تشرع البين ههنا ويحكم اليه بمجرد وقوع القرعة له ، وإن لم يكن في يد واحد منهما فقال القاضي وأبو الخطاب يسلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرها لأنه لاحق لهما ، والاولى أن يقرع بينهما كما لو كان في أيديهما لأنهما تنازعا حقا في يد غيرهما فأشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما فإن وصفه أحدهما مثل أن يقول في ظهره شامة أو بجسده علامة وذكر شيئا في جسده مستورا فقال أبو الخطاب يقدم بالصفة وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعى المدعى فإنه لا تقدم به دعواه

للامام استيفاء القصاص له قبل بلوغه وهو مذهب أبي حنيفة لأنه أحد نوعي القصاص فكان للامام استيفاءه عن اللقيط . كالنفس

ولنا أنه قصاص لم يتحتم استيفاءه فوقف على من هو له كما لو كان بالغاً غائباً ، وفارق القصاص في النفس لأن القصاص ليس هو له بل هو لوارثه والامام المتولي له

(فصل) إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة فهي على بيت المال لأن ميراثه له ونفقته عليه وإن جنى جناية لا تحملها العاقلة فحكمه فيها حكم غير اللقيط إن كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتص منه وإن كانت موجبة للمال وله مال استوفي منه والا كان في ذمته حتى يوسر وإن قذف اللقيط بعد بلوغه محصناً حد ثمانين لأنه حر

﴿سؤال﴾ وإن ادعى الجاني عليه أوقاذفه رقه وكذبه اللقيط بعد بلوغه فالقول قول اللقيط إذا قذف اللقيط قاذف وهو محصن فعليه الحد فإن ادعى القاذف رقه فنصده اللقيط سقط الحد لإقرار المستحق بسقوطه وإن ادعى أنه عبد فنصده وجب على القاذف التعزير لقذفه من ليس بمحصن وإن كذبه اللقيط فالقول قوله لأنه محكوم بحريته فقوله موافق للظاهر ولذلك أوجبنا عليه حد الحر إذا كان قاذفاً ، وإن ادعى الجاني رقه وكذبه اللقيط وادعى الحرية أوجبنا له القصاص وإن كان الجاني

ولنا ان هذا نوع من القطة تقدم بوصفها كقطة المال ولان ذلك يدل على قوة يده فكان مقدما بها وقياس القبط على القطة أولى من قياسه على غيرها لان القبط لقطة أيضا ، وان كان لأحدهما بينة قدم بها وان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخا لان الثاني انما أخذ عن قد ثبت الحق فيه لغيره وان استوى تاريخهما أو أطلقنا معا أو أرخت أحدهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضتا ، وهل بسقطان أو يستعملان ؟ فيه وجهان (أحدهما) بسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما (والثاني) يستعملان ويقرع بينهما فنقرع صاحبه كالزاول ، وسنذكر ذلك في بابہ ان شاء الله تعالى ، وان كان القبط في يد أحدهما فهل تقدم بينته على بينة الآخر أو تقدم بينة الخارج ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى المال ، وان كان أحد المتداعيين ممن لا تقر يده على القبط أقر في يد الآخر ولم يلتفت الى دعوى من لا يقر في يده بحال

(مسألة) قال (وإذا ادعاه مسلم وكافر أري القاية فبأيهما ألحقوه لحق)

يعني إذا ادعى نسبه فلا تخلو دعوى نسب القبط من قسمين (أحدهما) أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه فينظر فإن كان المدعي رجلا مسلما حراً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه لان الاقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه نقبل كما لو أقره بمال ،

حرراً لما ذكرنا ، قال شيخنا ويحتمل أن يكون القول قول القاذف لانه يحتمل صحة قوله بأن يكون ابن أمة فيكون ذلك شبهة والحد يندريه بالشبهات ، وفارق القصاص له إذا ادعى الجاني عليه أنه عبد لان القصاص ليس بحد وإنما وجب حقاً لا دمي ولذلك جازت المصالحة عنه وأخذ بدله بخلاف حد القذف وإن قلنا ان القذف حق لا دمي فهو كالقصاص ويخرج من هذا أن القبط إذا كان قاذفا فادعى أنه عبد ليجب عليه حد العبد قبل منه لذلك والاول أصح لان من كان محكوماً بحريته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط لهذا الاحتمال لسقط وان لم يدع القاذف رقه لانه موجود وان لم يدعه .

(مسألة) (وإذا ادعى انسان أنه مملوك لم يقبل الا بينة تشهد أن أمته ولدته في ملكه ويحتمل أن لا يعتبر قولها في ملكه)

وجهة ذلك أنه إذا ادعى رق القبط مدع سمعت دعواه لانها ممكنة وان كانت مخالفة لظاهر الدار فان لم يكن له بينة فلا شيء له لانها دعوى تخالف الظاهر ، وتعارض دعوى النسب من وجهين (أحدهما) أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق تخالفه (والثاني) أن دعوى النسب يثبت بها حقاً للقبط ودعوى الرق يثبت بها حقاً عليه فلم تقبل بمجرد ادعاء رق غير القبط فان لم يكن له بينة سقطت الدعوى وان كانت له بينة فشهدت بالملك أو باليد لم يقبل فيه الا شهادة رجلين أو رجل

ثم ان كان المقر به ملتقطه أقر في يديه وان كان غيره فله أن ينزعه من الملتقط لانه قد ثبت انه أبوه فيكون أحق بولده كما لو قامت به بينة ، وان كان المدعي له عبداً لحق به أيضا لان لمائه حرمة فالحق به نسبه كالحرة ، وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا يثبت له حضانة لانه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لانه لا مال له ولا على سيده لان الطفل محكوم بحريته فتكون نفقته في بيت المال ، وان كان المدعي ذميا لحق به لانه أقوى من العبد في ثبوت الفرائض فانه يثبت له بالنكاح والوطء في الملك ، وقال أبو ثور لا يلحق به لانه محكوم باسلامه

ولنا انه اقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في اقراره اضرار بغيره فيثبت اقراره كالمسلم ، اذا ثبت هذا فانه يلحق به من النسب لا في الدين ، ولا حق له في حضانته ، وقال الشافعي في أحد قوليه : يتبعه في دينه لان كلما لحق به نسبه لحق به في دينه كالبينة الا أنه يحال بينه وبينه

ولنا ان هذا حكم باسلامه فلا يقبل قول الذي في كفره كما لو كان معروف النسب ولا نهادعوى مخالف الظاهر فلم يقبل بمجرد ادعاء كدعوى رقه ولانه لو تبعه في دينه لم يقبل اقراره بنسبه لانه يكون اضراؤه به فلم تقبل كدعوى الرق ، اما بمجرد النسب بدون اتباعه في الدين فصالحة عارية عن الضرر قبل قوله فيه ولا يميز قبوله فيما هو اعظم الضرر والخزي في الدنيا والآخرة وان كان المدعي امرأة

وامرأتين وان شهدت بالولادة قبل فيه رجل واحد وامرأة واحدة لانه مما لا يطلع عليه الرجال ومتى شهدت البينة باليد فان كانت للملتقط لم يثبت بها ملك لا تنا عرفنا سبب يده وان كانت لأجنبي حكم له باليد والقول قوله مع يمينه في الملك ، وان شهدت بالملك فقالت تشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وإن لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب فان شهدت بأن أمته ولدته في ملكه حكم له به لان أمته لا تلد في ملكه الا بملكه وان شهد أنه ابن أمته أو أن أمته ولدته ولم يقل في ملكه احتدل ان يثبت له الملك بذلك كقولها في ملكه لان أمته ملكه فهاؤها ملكه كسمنها واحتمل أن لا يثبت به الملك لانه يجوز ان تلده قبل ملكه اياها فلا يكون له وهو ابن أمته

(فصل) فان كانت الدعوى بعد بلوغ اللقيط كلف لإجابته فان انكر ولا بينة للمدعي لم تقبل دعواه وان كانت له بينة حكم بها فان كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك بيوم أو شراء نقضت تصرفاته لان تصرفه كان بغير اذن مالكه .

﴿مسئلة﴾ (وان أقر بالرق بعد بلوغه لم يقبل وعنه يقبل وقال القاضي يقبل فيما عليه رواية واحدة وهل يقبل في غيره ؟ على روايتين)

إذا ادعى انسان رق اللقيط بعد بلوغه فصده وكان قد اعترف بالحرية لنفسه قبل ذلك لم يقبل اقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطالها ، وان لم يكن اعترف

امراً فاختلاف عن أحمد رحمه الله فروي أن دعوتها قبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين فثبت النسب بدعوتها كالأب ولأنه يمكن أن يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر لأنها تأتي به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل ولأن في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنتان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنتها وأن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للأخري بمجرد الدعوى منها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي فلي هذه الرواية يلحق بها دون زوجها لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه فإن قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته والمرأة لا يحمل لها نكاح غير زوجها ولا يحمل وطؤها غيره قلنا يمكن أن تلد من وطئ شبهة أو غيره وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج يمكن أن يكون من زوج آخر فإن قيل إنما قبل الأقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبي وصيافته عن النسبة إلى كونه ولزنا ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة بل الحاقها بها دون زوجها تطرق للمارالي واليه قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعي حقاً لا منازع له فيه ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوى المرأة (والرواية الثانية) أنها إن كان لها زوج لم يثبت النسب بدعوتها لأفضائه إلى الحاق النسب بزوجه بغير إقراره ولا رضاه وإلى

بالحرية احتمال وجهين (أحدهما) يقبل وهو قول أصحاب الرأي لأنه مجهول الحال أقر بالرق فقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما للآخر بالرق وكأقراره بالحد والقصاص في نفسه فإنه يقبل وإن تضمن فوات نفسه ويحتمل أن لا يقبل قال شيخنا وهو الصحيح لأنه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر بالحرية قبل ذلك ولأن الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه لأنه في تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رق بعد التقاطه فكان لإقراره باطلاً وهذا قول ابن القاسم وابن المنذر وللشافعي وجهان كما ذكرنا فإن قلنا يقبل إقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه خاصة وهذا الذي قاله القاضي ، وبه قال أبو حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي لأنه أقر بما يوجب حقاً عليه وحقاً له فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال لفلان علي ألف ولي عنده رهن وفيه وجه آخر أنه يقبل إقراره في الجميع وهو القول الثاني للشافعي لأنه يثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة ولأن هذه الأحكام تبع للرق فإذا ثبت الأصل بقوله ثبت التبع كما لو شهدت امرأة بالولادة ثبتت وثبت النسب تبعاً لها

(فصل) فلما إن أقر بالرق ابتداءً لأنسان فصدقه فهو كما لو أقر به جواباً وإن كذبه بطل إقراره فإن أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز ، وقال بعض أصحابنا يتوجه أن لا يسم إقراره الثاني لأن إقراره الأول يتضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى المقر له فإذا بطل إقراره برد المقر له بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره فلم يقبل إقراره بما نفاه كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ان امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به وان لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر وهذا ايضا وجه لأصحاب الشافعي (والرواية الثالثة) نقلها الكوسنج عن احمد في امرأة ادعت ولدا ان كان لها اخوة او نسب معروف لا تصدق الا بينة وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لانه اذا كان لها اهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ويتضررون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وايس كذلك اذا لم يكن لها اهل ويحتمل ان لا يثبت النسب بدعوتها بحال وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوة المرأة لأنها بمكنتها إقامة البيت على الولادة فلا يقبل قولها بمجرد كماله على زوجها طلاقها بولادتها

ولنا انها أحد الوالدين فاشبهت الاب وإمكان البينة لا يمنع قول القول كالرجل فانه يمكنه البينة ان هذا ولد على فراشه وان كان المدعي امة فهي كالحره الا اننا اذا قبلنا دعوتها في نسبها لم تقبل قولها في رقه لاننا لا تقبل الدعوي فيما يضره كما لم تقبل الدعوي في كذره اذا ادعي نسبه كافر

(القسم الثاني) ان يدعي نسبه اثنان فصاعداً والكلام في ذلك في فصول (أحدها) انه اذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فما سواء وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة المسلم اولى من الذمي والحر اولى من العبد لان على القبط ضرر في الحاقه بالعبد والذمي فكان الحاقه بالحر المسلم اولى كالتنازع في الحضانة ولما ان كل واحد لو انفرد صحت دعواه فاذا تنازعوا تساووا في الدعوى كالأحرار المسلمين

ولنا أنه إقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع إقراره ثانياً كما لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الاول وفارق الإقرار بالحرية فان الإقرار بها لم يبطل ولم يرد

(فصل) فاذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه وهو ذكر وكان قبل الدخول فسد النكاح في حقه لانه عبد تزوج بغير اذن مواليه ولها عليه نصف المهر لانه حق عليه فلم يسقط بقوله وان كان بعد الدخول فسد نكاحه وعليه المهر كله لما ذكرنا لان الزوج يملك الطلاق فاذا أقر به قبل ولده حر تابع لأمه وان كان متزوجاً بأمة فولده لسيدها ويتعلق المهر برقبته لان ذلك من جنائياته يفديه سيده أو يسلمه وان كان في يده كسب استوفى المهر منه لانه لم يثبت إقراره به لسيده بالنسبة الى امرأته ولا ينقطع حقها منه بإقراره ، وإن قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام فالنكاح فاسد لكونه تزوج بغير اذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها، وإن كان دخل بها فاتها عليه المهر المسمى في إحدى الروايتين والاخرى خمسه

(فصل) وإن كان القبط أنثى وقلنا يقبل فيما عليه خاصة فأنكاح صحيح في حقه فان كان قبل الدخول فلا مهر لها لإقرارها بفساد نكاحها أو أنها أمة تزوجت بغير اذن سيدها وأنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه إلا بالدخول وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها ولسيدها الاقل من المسمى أو مهر المثل لان المسمى إن كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه وان كان الاقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وان الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه إلا

وما ذكره من الضرر لا يتحقق فالتنازل لا يحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضانة بدليل اذا تقدم في الحضانة الموسر والحضري ولا تقدمهما في دعوي النسب قال ابن المنذر اذا كان عبد امرأته أمة في أيديهما صبي فادعى رجل من العرب امرأته عرية انه ابنه من امرأته فاقام العبد بيعة بدعواه انه ابنه فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره وقال اصحاب الرأي يقضى به للعربي للعنق الذي يدخل فيه وكذلك لو كان المدعى من الموالي عبدهم وقولهم هذا غير صحيح لان العرب وغيرهم في احكام الله ولحق النسب بهم سواء (الفصل الثاني) انه اذا ادعاه اثنان فكان لاحدهما به بيعة فهو ابنه وان اقاما بينتين تعارضتا وسقطتا ولا يمكن استعمالهما هاهنا لان استعمالهما في المال اما بقسمته بين المتداعيين ولا سبيل اليه هاهنا واما بالاقرار بينهما والقرعة لا يثبت بها النسب فان قيل فان ثبوته هاهنا يكون بالبيعة لا بالقرعة وانما القرعة مرجحة قلنا فيلزم انه اذا اشترك رجلان في وطئ امرأة فأنت بولد يقرع بينهما ويكون ملووقه بالوطئ لا بالقرعة

(الفصل الثالث) انه اذا لم تكن به بيعة أو تعارضت به بينتان وسقطتا فانما نريه اتفاقية معها أو مع عصبتهما عند تقدمهما فلحقه بمن ألحقته به منهما هذا قول أنس وعطاء، وزيد بن عبد الملك والاوزاعي واليث والشافعي وأبي ثور، وقال أصحاب الرأي لاحكم للقافة ويلحق بالمدين جميعا لان الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين فان الشبه يوجد بين الاجانب وينفي بين الاقارب ولهذا روي

على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ههنا قل أو كثير لاقرار الزوج بوجوده ، وأما الاولاد فأحرار لا تجب قيمتهم لأنها لو وجبت لوجب بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق أولادها بقولها فاما إبقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولها رقيق لسيدها فان اخترت المقام على ذلك فأقم وان شئت ففارقها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لانا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان افساداً للمقد جميعه بقولها لان شروط نكاح الامه لا تعتبر في استدامة العقد انما تعتبر في ابتدائه فان قيل فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج قلنا لم يقبل قولها في إيجاب حق لم يدخل في العقد عليه فاما الحكم في المستقبل فيمكن ابقاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بان يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليه أو يقيم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها فان طلقها اعتدت عدة الحرة لان عدة الطلاق حق للزوج بدليل انها لا تجب إلا بالدخول وسببها النكاح السابق فلا يقبل قولها في تنقيصها وإن مات اعتدت عدة الامه لان المذهب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول فقبل قولها فيها وان قلنا بقبول قولها في جميع الاحكام فهي أمة تزوجت بغير اذن سيدها فنكاحها فاسد ويفرق بينهما ولا مهر لها ان كان قبل الدخول وان كان دخل بها وجب لها مهر أمة تزوجت بغير اذن سيدها على ما ذكر في موضعه، وهل يجب مهر المثل أو المسمى ؟ فيه روايتان ، وتمتدحيضتين لانه وطئ في نكاح فاسد وأولاده أحرار

عن النبي ﷺ أن رجلاً أتاه فقال يا رسول الله ان امرأتي ولدت غلاماً أسود فقال « هل لك من ابل ؟ » قال نعم ، قال « فما ألوانها ؟ » قال حر ، قال « هل فيها من أورك ؟ » قال نعم ، قال « أنى أتاهذا ؟ » قال لعل عرقاً نزع قال « وهذا لعل عرقاً نزع » متفق عليه ، قالوا ولو كان الشبه كافياً لا كُتفي به في ولد الملاعة وفيما إذا أفر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقر

ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ دخل عليها يوماً مسروراً فبرق أسارير وجهه فقال « ألم نري ان محمداً المدلجي نظر آتفاً الى زيد وأسامة وقد غطيا رؤسهما وبدأت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ؟ » متفق عليه فلو جاز الاعتماد على القامه لما سر به النبي ﷺ ولا اعتمد عليه ، ولان عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان اجماعاً ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في ولد الملاعة « انظروها فان جاءت به حش الساقين كأنه وحرة فلا أراه الا قد كذب عليهما ، وإن جاءت به أكحل بعد أجمالها لسابع الايتين خدج الساقين فهو الذي رميت به » فأنت به على النعمت المكره فقال النبي ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فقد حكم به الذي ﷺ الذي أشبهه منهما ، وقوله « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » يدل على أنه لم يعمد من العمل بالشبه الا الايمان ، فاذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه وكذلك قول النبي ﷺ في ابن أمة مزعة حين رأى به شبهاً بينا بعته بن أبي وقاص « احتجبي منه ياء ودة ، فعمل بالشبه في حجب سوده عنه فان قيل فالحديثان حجة عليك اذ لم يحكم النبي ﷺ

لاعتقاده حرية فهو منور عليه فيسقط يوم الوضع وان مات فليس عليها عدة الوفاة .

(فصل) فان كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والاثمان يؤدي مما في يده وما بقي فني ذمته لان معاملته لا يقر برقه وان قلنا بقبول اقراره في جميع الاحكام فسدت عقودها ووجب رد الاعيان الى أربابها ان كانت باقية وان كانت نالفة وجبت قيمتها في رقبته أو في ذمته على ما ذكرنا في استدانة العبد لأنه ثبت برضى صاحبه

(فصل) فان كان قد جنى جنابة موجبة للقصاص فعليه القود حراً كان المجني عليه أو عبداً لان اقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما اذا كان المجني عليه عبداً أو حراً فقبل اقراره فيه وان كانت الجنابة خطأ تعلق أرشها برقبته لان ذلك مضر به فان كان أرشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفي منه ، وان كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في اسقاط الزيادة لان ذلك يضر بالمجني عليه فلا يقبل قوله فيه وقيل تجب الزيادة في بيت المال لان ذلك كان واجباً للمجني عليه فلا يقبل قوله في اسقاطه وان جنى عليه جنابة موجبة للقود وكان الجاني حراً سقط لان الحر لا يقاد بالعبد وقد أقر المجني عليه بما يسقط القصاص وان كانت موجبة للمال تقل بالرق ووجب أقل الامرين وان كان مساوياً للواجب قبل الاقرار ووجب ويدفع الواجب الى سيده وان كان الواجب يكثر لكونه قيمته عبداً أكثر من دينه حراً لم يجب الا ارش الجنابة على الحر وان قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام ووجب

بالشبه فيها بل الحق الولد بزمة وقال لعبد بن زمة « هو لك يعبد بن زمة » الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولم يعمل بشبه ولد الملاءنة في اقامة الحد عليها لشبهه بالمقدوف قلنا انما لم يعمل به في ابن أمة زمة لان الفراش أقوى وترك العمل بالينة لمعارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الاعراض عنه اذا خلت عن المعارض ، وكذلك ترك اقامة الحد عليها من أجل أيمانها بدليل قوله « لولا الايمان لكاذبي ولها شأن » على أن ضعف الشبه عن اقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب فان الحد في الزنا لا يثبت الا بأقوى البينات وأكثرها عدداً وأقوى الاقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ويدراً بالشبهات والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة ويثبت بمجرد الدعوى ويثبت مع ظهور اثنائه حتى لو أن امرأة أنت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقها ولدها فكيف يخرج على نفيه بعدم اقامة الحد لانه حكم بظن غالب ، ورأي راجح ممن هو من أهل الخبرة فجاز كقول المذومين ، وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي ﷺ حين قالت أم سلمة أو ترى ذلك المرأة؟ قال « فمن أين يكون الشبه؟ » والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لان انكار الرجل ولده لمخالفة لونه وعزمه على نفيه لذلك يدل على أن العادة خلافه وأن في طباع الناس انكاره وان ذلك انما يوجد نادراً وانما ألحقه النبي ﷺ به لوجود الفراش وتجاوز مخالفة الظاهر لدليل ولا يجوز تركه من غير دليل ولان ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته فان النسب يحتاط لإثباته ويثبت بأدنى

أرض الجناية على العبد وان كان الارش تحمله العاقلة اذا كان حراً سقطت عن العاقلة ولم يجب على الجاني لأن اقراره بالرق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل اقراره على الجاني فسقط ، وقيل لا يتحول عن العاقلة وعلى قول من قال : يقبل اقراره في الاحكام كلها يوجب الارش على الجاني والله أعلم ﴿ مسألة ﴾ (وان قال اني كافر لم يقبل قوله وحكمه حكم المرتد ، وقيل يقبل الا أن يكون قد نطق بالاسلام وهو لا يعقله)

وجملة ذلك أنا في الموضع الذي حكمنا بالاسلام اللقيط انما ذلك ظاهراً لا يقيناً لاحتمال أن يكون ولد كافرين ولهذا لو أقام كافر بينة انه ولده ولد على فراشه حكمنا له به وسنذكر ذلك ، ومتى بلغ اللقيط حداً يصح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم سواء كان ممن حكم بالاسلامه أو كفره ولا يقبل اقراره بالكفر بعد ذلك لانه انكار بعد اقراره فلا يقبل كغيره وان وصف الكفر وهو ممن حكم بالاسلامه بالدار فهو مرتد لا يقر على كفره ، وهذا قال أبو حنيفة ، وذكر القاضي وجهاً أنه يقر على كفره ، وهو منصوص الشافعي لان قوله أقوى من ظاهر الدار وهذا وجه بعيد لأن دليل الاسلام وجد عربياً عن المعارض ثبت حكمه واستقر فلا تجوز ازالة حكمه كما لو كان ابن مسلم ولان قوله لا دلالة فيه أصلاً لانه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه؟ وانما يقول هذا من تلقاء نفسه فعلى هذا اذا بلغ استتيب ثلاثاً فإن تاب والا قتل فأما على قولهم فقال القاضي ان وصف

دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وأنه لا يتقن إلا بأقوى الأدلة كما أن الحد لما اتقى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب في مسألتنا فإن قيل فهنا إذا علمتم بالقياة فقد نفيت النسب فمن لم تلحقه القافة به، قلنا إنما اتقى النسب هنا لعدم دليله لأنه لم يوجد إلا مجرد الدعوى وقد عارضها ما لم يفسط حكمها وكان الشبه مرجحاً لأحدهما فانتفت دلالة الأخرى فلزم انتفاء النسب لا تنفاه دليله، وتقديم القافة عليه لا يمنع العمل به عند عدمه كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها

(فصل) والثاقفة قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف، وقيل أكثر ما يكون في بني مدلج رهط محرز المدلجي الذي رأى أسامة وأباه زيدا قد غطيا رءوسهما وبدأت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضهما من بعض، وكان إياس بن معاوية المزني قائفاً، وكذلك قيل في شريح ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة حراً لأن قوله حكم، والحكم تعتبر له هذه الشروط، قال القاضي وتعتبر معرفة القائف بالتجربة وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يديه وبري أيام فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله لانا تبيين خطاه، وإن لم يلقه بواحد منهم أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه فإن ألحقه به لحق، ولو اتهم بأن يرى صبياً معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فإذا ألحقه

كفراً يقر عليه بالحزبية عقدت له الذمة، فإن امتنع من التزامها ووصف كفراً لا يقر أهله الحق بآمنه، قال شيخنا وهذا بعيد جداً فإن هذا اللقيط لا يخلو إما أن يكون ابن حربي فهو حاصل في أيدي المسلمين بغير عهد ولا عقد فيكون لو أجده ويدير مسلماً بإسلام سايه، أو يكون ابن ذميين أو أحدهما ذمي فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب، أو يكون ابن مسلم أو مسلمين فيكون مسلماً، وقد قال أحمد في أمة نصرانية ولدت من فجور، ولدها مسلم لأن أبويه يهودانه وينصرانه وهذا ليس معه إلا أمه، وإذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه فكيف يرد إلى دار الحرب؟

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن أقر إنسان أنه ولده الحق به مسلماً كان أو كافراً رجلاً أو امرأة حياً كان اللقيط أو ميتاً)

وجملة ذلك أنه إذا ادعى مدع نسب اللقيط لم يخل من قسمين (أحدهما) أن يدعيه واحد ينفرد بدعوته فإن كان المدعي جراً مسلماً لحقه نسبه إذا أمكن أن يكون منه بغير خلاف بين أهل العلم، لأن الإقرار محض يقع للطفل لا يصال نسبه ولا ضرر على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال فإن كان المقر به ملتقطه أقر في يده، وإن كان غيره فله أن ينزعه من الملتقط لأنه قد ثبت أنه أبوه فيكون أحق به كما لو قامت به بينة.

بقريبه علمت أصابته ، وإن ألقه بغيره سقط قوله جازء ، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة أصابته ، وإن لم نجربه في الحال بعد أن يكون مشهوراً بالأصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز

وقد روينا أن رجلاً شريفاً شك في ولده من جاريته وأبى أن يستلحقه فربى إياس بن معاوية في المكنب وهو لا يعرفه فقال ادع لي أبك فقال له الملم ومن أبو هذا ؟ قل فلان قل من أين علمت أنه أبوه ؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب فقام الملم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول إياس فخرج الرجل وسأل إياساً فقال من أين علمت أن هذا ولدي ؟ فقال سبعان الله وهل يخفى على أحد إنه أشبه بك من الغراب بالغراب ؟ فسر الرجل واستأحق ولده وهل يقبل قول واحد أولاً يقبل إلا قول اثنين ؟ فظاهر كلام أحمد أنه لا يقبل إلا قول اثنين فإن الاثرم روى عنه أنه قيل له إذا قال أحد القافة هو لهذا ، وقال الآخر هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين ، فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لأنه قول يثبت به النسب فأشبهه الشهادة ، وقال القاضي يقبل قول الواحد لأنه حكم ويقبل في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال إذا خالف القائف غيره تعارضاً وسقطاً ، فإن قال اثنان قولاً وخالفهما واحد فقولهما أولى لانهما شاهدان فقولهما أقوى من قول واحد ، وإن عارض قول اثنين سقط قول الجميع ، وإن عارض قول

(فصل) فإن كان المدعي عبداً ألحق به لأن لمانه حرمة فليحق به نسبه كالحرة وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا يثبت له حضانة لأنه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لأنه لا مال له ولا تجب على سيده لأن الطفل محكوم بحريته فملى هذا تكون نفقته في بيت المال

(فصل) فإن كان المدعي ذمياً ألحق به لأنه أقوى من العبد في ثبوت القراش فإنه يثبت له التكاح والوطء في الملك وقال أبو ثور لا يلحق به لأنه محكوم بإسلامه

ولنا أنه أقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في إقراره إضرار لغيره فيثبت إقراره كالمسلم .

(مسئلة) (ولا يتبع الكافر في دينه إلا أن يقيم بينة أنه ولد على فراشه)

وجملة ذلك أنه يتبع الكافر في النسب لا في الدين ولا حق له في حضائه ولا يسلم إليه لأنه لا ولاية للكافر على المسلم وقال الشافعي في أحد قوليه يتبعه في دينه لأن كل ما ألحق به بنسبه لحقه به في دينه كالبينية إلا أنه يحال بينه وبينه

ولنا أن هذا محكوم بإسلامه فلا يقبل قول الذمي في كفره كما لو كان معروف النسب ولانها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجرد دعوى رقه ، ولأنه لو تبعه في دينه لم يقبل إقراره بنسبه لأنه يكون إضراراً به فلا يقبل كدعوى الرق ، أما مجرد النسب بدون اتباعه في الدين فصلحة طرية

الاثنين ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لو كانت إحدى البيتين اثنين والآخرى ثلاثة فأكثر، فأما إن ألحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان لاحقاً بالاول لان القائف جرى مجرى حكم الحاكم، وفقى حكم الحاكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره له، وكذلك إن ألحقته بواحد ثم عادت فألحقته بغيره لذلك، فان أقام الآخر بيئته انه ولده حكم له به وسقط قول القائف لانه بدل فيسقط وجود الاصل كالتميم مع الماء.

(فصل) وإن ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد، وأما قبلنا قول القائف في النسب فالحاجة الى اثباته ولكونه غير مخالف لظاهر ولهذا اكتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة إلى اثبات رقه وكفره، واثباتهما بخلاف الظاهر.

ولو ادعى نسب القيط انسان فالحق نسبته به لانه راده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبته عن الاول لانه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى، فان ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول لانها بيئته في إلحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة.

(فصل) وإذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن و يرثانه جميعاً ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما وهو قول أبي ثور، وقول أصحاب

عن الضرر فقبل قوله فيه ولا يجوز قبوله فيها هو أعظم الضرر والخزي في الدنيا والآخرة، فان أقام بيئته أنه ولد على فراشه لحق به نسباً ودينياً كذلك ذكره هنا وهو قول بعض أصحابنا لانه ثبت أنه ابنه بيئته، وقياس المذهب أنه لا يلحقه في الدين الا أن تشهد البيئته أنه ولد لكافرين حين لان الطفل يحكم باسلامه باسلام أحد ابويه او موته.

(فصل) فان كان المدعي امرأة فروى عن أحدان دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لانها أحد الابوين اشبهت الاب، ولانه يمكن كونه منها كما يمكن أن يكون من الرجل بل أكثر لانها تأتي به من زوج ووطء شبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل، وقد روي في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم اليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب باحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للصغرى بمجرد الدعوى منهما، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها لانه لا يجوز أن يالحقه نسب ولد لم يقر به، ولذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه، فان قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى ومن أمته والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل لغيره ولطؤها فلما يمكن ان تلد من وطء شبهة أو غيره، وإن كان الولد يشبه أن يكون موجوداً قبل تزوجها بهذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر، فان قيل إنما قبل الاقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة ودفع العار عن النسبي وصيغته عن النسبة

الرأي يباحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعي لا يباحق بأكثر من واحد فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه أن القافة قالت قد اشتركا فيه فقال عمر وال أيهما شئت ، ولأنه لا يتصور كونه من رجلين فإذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كالأول ألحقته بأمين ، ولأن المدعين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطنا ولو جاز أن يباحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما

ولنا ما روى سعيد في سننه ثمانية عن يحيى عن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطهار جلان في ما رفق قال القافة تد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما أو باء ناده عن الشعبي قال وعلي يقول هو ابنيهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار بإسناده عن عمر . وقال الإمام أحمد حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما وقابوس عن أبيه عن علي جعله بينهما ، وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرقم ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه ، قال سعيد عصبته الي في منهما ، وما ذكره عن عمر لا نعلم صحته وإن صح فيحتمل أنه ترك قول القافة لأمر آخر إما لعدم ثبوتها وإما لأنه ظر له من قولهما واختلافه ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولهما في أنهما اشتركا فيه قال أحمد إذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثاه ، فإن مات أحدهما فهو للباقي منهما ونسبه من الأول قائم

إلى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا بالحق نسبته بالمرأة بل في الحاق نسبها دون زوجها يطرق العار اليه وإياها قلنا بل قبلنا دعواه لانه يدعي حقاً لا منازع له فيه ولا مضرة فيه على أحد فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوى المرأة ، وروي عن أحمد أنها إن كانت ذات زوج لم يثبت النسب بدعوتها لافضائه إلى الحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضائه أو إلى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيها يلحق الضرر به وإن لم يكن لها زوج قبلت دعوتها لعدم الضرر ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي أيضاً ، وروي عن أحمد رواية ثالثة نقلها الكوسنج عن أحمد في امرأة ادعت ولداً أن كان لها أخوة أو نسب معروف فلا تصدق إلا بينة وإن لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لانه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ويتضررون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل قال شيخنا ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعوتها بحال وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوة المرأة لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة فلا يقبل قولها بمجرد كماله عاق زوجها طلاقها بولادتها

ولنا أنها أحد الوالدين أشبهت الأب وامكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل فإنه يمكنه إقامة (المغني والشرح الكبير) (٥١) (الجزء السادس)

لا يزيله شيء . ومعنى قوله هو الباقي منهما والله أعلم أنه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما يأخذه الجدات والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذه جميع الزوجات (فصل) وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة فنص أحد في رواية منها أنه يلحق بثلاثة ومقتضي هذا أنه يلحق بمن ألحقته القافة وإن كثروا . قال أبو عبد الله بن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف لأننا صرنا إلى ذلك للآخر فيقتصر عليه ، وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن ، وروى ذلك عن أبي يوسف أيضاً ولنا أن المعنى الذي لأجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه وإذا جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك ، وقولهم إن إلحاقه بالاثنتين على خلاف الأصل ممنوع وإن سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعديده بالحكم به كما أن إباحة أكل الميتة عند الحمصة أبيح على خلاف الأصل لا يعم من أن يقاس على ذلك مال غيره والصيد الحريمي وغيرها من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك ، وأما قول من قال أنه يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزداد على ذلك فتحكم فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم إلى كل ما رجد فيه المعنى ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصاً يقتضي إلحاق النسب بهم فلم يجوز الاختصار عليه بالتحكم

الينة أن هذا ولد على فراشه وإن كان المدعي أمة أي كالحرة إلا أنا إذا قبلنا دعوتها في نسبه لم نقبل قولها في رقه لأننا لا نقبل الدعوى فيما يضره كما لم نقبل الدعوى في كفره إذا ادعى نسبه كافر ﴿مسألة﴾ (فإن ادعاه اثنان أو أكثر لأحدهما يئنه قدمها فان استووا في يئنه أو عدمها عرض معها على القافة أو مع أقاربها إن ماتا)

الكلام في ذلك في فصول (أحدها) أنه إذا ادعاه مسلم وكافر وحر وعبد فهما سواء وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة المسلم أولى من الذمي والحر أولى من العبد لأن على القبط ضرراً في إلحاقه بالعبد والذمي فيكون إلحاقه بالحر المسلم أولى كالتنازع في إلحاقه بالحضنة

ولنا أن كل واحد لو انفرد صحت دعوته فإذا تنازعا تساوا في الدعوى كالأحرار المسلمين وما ذكره من الضرر لا يتحقق فالتا لا نحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضنة بدليل اتنا نقدم في الحضنة الموصلة والحضري ولا نقدمها في دعوى النسب ولأن الحضنة إنما يراعى فيها حق الطفل حسب وهننا ينبغي أن يراعى حق المدعي أيضاً قال ابن المنذر إذا كان عند امرأته أمة في أيديهما صبي فادعى رجل من العرب امرأته عريية أنه ابنه من امرأته وأقام العبد يئنه بدعواه فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره وقال أصحاب الرأي يقضى به للعربي للعتق الذي يدخل فيه وكذلك إن كان المدعي من الموالي قال شيخنا وهذا غير صحيح لأن العرب وغيرهم في أحكام الله تعالى ولحق

النسب بهم سواء .

(فصل) وإذا لم توجد قافة أو أشكل الأمر عليها أو تعارضت أقوالها أو وجد من لا يوثق بقوله لم يرجح أحدهما بذكر علامة في جسده لأن ذلك لا يرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال والاقبض، ويضيق نسبه، هذا قول أبي بكر وقا. أو ما إليه أحد رحمه الله في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد إلى أن الابن يخبر أيهما أحب وهو قول أبي عبد الله بن حامد قال بترك حتى يبلغ فينسب إلى من أحب منهما وهو قول الشافعي الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر: والأيهما شئت ولأن الإنسان يميل طبعه إلى قريبه دون غيره ولأنه مجهول نسبه أقر به من هو من أهل الاقرار وصدقه المقر له فيثبت نسبه كما لو انفرد، وقال أصحاب الرأي يباحق بالمدعين بمجرد الدعوى لأن كل واحد منهما لو انفرد سمعت دعواه فإذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كما لو أقر له بمال

ولنا أن دعواهما تعارضتا ولا حجة لواحد منهما فلم تثبت كما لو ادعى إقراره، وقولهم يميل طبعه إلى قرابته قلنا إنما يميل إلى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل ولا سبب قبله ولو ثبت أنه يميل إلى قرابته لكان قد يميل إلى من أحسن إليه فإن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها وبغض من أساء إليها وقد يميل إليه لاساءة الآخر إليه وقد يميل إلى أحسنهما خلقا أو أعظمهما قدرا أوجاهها أو مالا فلا يبقى دليل أثر في الدلالة على النسب، وقولهم أنه صدق المقر بنسبه قلنا لا يميل له تصديقه فإن النبي ﷺ لن من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه وهذا لا يعلم أنه أبوه فلا

(الفصل الثاني) أنه إذا ادعاه اثنان أو أكثر وكان لاحدهما بينة فهو أبوه وإن أقام كل واحد منهم بينة تعارضت وسقطت لأنه لا يمكن استعمالها ههنا لأن استعمالها في المال إما بقسمته بين المتنازعين ولا يمكن ههنا أو بالقرعة والقرعة لا يثبت بها النسب فإن قيل إنما يثبت ههنا بالبينة لا بالقرعة وإنما القرعة مرجحة قلنا فيلزم أنه إذا اشترك رجلان في وطئ امرأة وأنت بولد أن يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطئ لا بالقرعة

(الانصل الثالث) أنه إذا لم تكن بينة أو تعارضت بينتان وسقطتا أرى القافة معها أو مع عصبتهما عند فقدتهما فتلحقه بمن الحقته به منها هذا قول أنس وعطاء والاوزاعي والليث والشافعي وأبي وقال أصحاب الرأي لا حكم للقافة ويلحق بالمدين جميعاً لأن الحكم بالقيافة مبني على الشبه والظن والتخمين فإن أشبه يوجد بين الأجنبي وينفي بين الأقارب ولهذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً أتاه فقال يا رسول الله إن امرأتى ولدت غلاماً أسود فقال «هل لك من إبل؟» قال نعم. قال - فما ألوانها؟ قال حمراء. قال فيها من أورق؟ قال نعم. قال ابن أناها ذلك؟ قال لعل عرقاً نزع قال - وهذا لعل عرقاً نزع متفق عليه قالوا ولو كان الشبه كافياً لاكتفي به في ولد الملاعنة وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأبكره الباقر.

ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها مسروراً تبرق

يأمن أن يكون ملعونا بتصديقه ، ويفارق ما اذا انفرد فان المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق ، وأما قول عمر وال من شئت فلم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة فانه إنما أمره بالموالاتة لا بالانتساب ، وعلى قول من جعل له الانتساب الي احدهما لو انتسب الي أحدهما ثم عاد وانتسب الي الآخر ونفي نسبه من الاول أو لم ينتسب الي واحد لم يقبل منه لانه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ، ويفارق الصبي الذي يخبر بن أبويه فيختار أحدهما ثم يرد الآخر اذا اختاره فانه لا حكم لقول الصبي وإنما تبم اختياره وشهوته فأشبهه ما لو اشتهى طعاما في يوم ثم اشتهى غيره في يوم آخر وان قامت للآخر بنسبه بينة عمل بها وبطل انتسابه لانه بطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فلان تبطل الانتساب أولى ، وان وجدت قافة بعد ادعاء ما به فالحتمه بغير من انتسب اليه بطل انتسابه أيضا لانه أقوى فبطل به الانتساب كالبينة مع قول القافة

(فصل) وان ادعت امرأتان نسب ولد فذلك مبني على قبول دعوتيهما ، فان كانتا ممن لا تقبل دعوتيهما لم تسمع دعوتيهما ، وان كانت إحداهما ممن تسمع دعوتيهما دون الاخرى فهو ابن لها كالمفردة ، وان كانتا جميعا ممن تسمع دعوتيهما في اثباته بالبينة أو كونه يرى اتقافة مع عدمهما كالرجاين : قال احمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدنا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف ، نقيل يرى القافة فقال ما أحسنه ولان الشبه يوجد بينهما وبين ابنتها

أسارير وجهه فقال « ألم تري أن محرزا نظر آتفا إلى زيد وأسامة وقد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ؟ » متفق عليه فلولا جواز الاعتماد على القيافة لما سر به النبي صلى الله عليه وسلم ولا اعتمد عليه ولان عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعا ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ولد الملائنة « انظروها فان جاءت به حمش الساقين كأنه وحره فلا اراه الا قد كذب عليهما وان جاءت به جمداً جالياً سايفم الايتين خدج الساقين فهو الذي رميت به » فانت به على التعت المكروه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فحكم به النبي صلى الله عليه وسلم الذي اشبهه منها قوله « لولا الايمان لكان لي ولها شأن يدل على انه لم يمنع من العمل بالشبه الا الايمان فاذا اتنى المانر يجب العمل به لوجود مقتضيه وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ابن أمة زمعة حين رأى به شهماً بيننا بعتبة بن ابي وقاص احتجبي منه ياسودة فعمل بالشبه في حجب سودة فان قيل فالخديتان حجة عليكم اذ لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما بل الحق الولد بزمعة وقال لعبد بن زمعة « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللماهر الحجر » ولم يعمل بشبه ولد الملائنة في إقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف قلنا إنما لم يعمل به في ابن أمة زمعة لان الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منها لا يوجب الاعراض

كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصها بحمله وتغذيته والكافرة والمسلمة والحرة والامة في الدعوة واحدة كما قلنا في الرجل، وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون فيه بقبول دعوتها وان ألحقته القافة بآيين لم يلحق بها وبطل قول القافة لاننا فلم خطأه يقينا، وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى لان الام أحد الابوين فجاز أن يلحق باثنين كالأب.

ولنا أن كونه منهما محال يتينا فلم يجوز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلها وفارق الرجلين فان كونه منهما ممكن فانه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين في رحم امرأة فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر قد اشتركا فيه ولا يلزم من الحانته من يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل كونه منه كالم يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقه بأصغر منه

(فصل) فان ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما لأنه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما أو وطئ شبهة فيلحق بهما جميعا ويكون ابنتهما بمجرد دعوتها كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة، وان قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعت امرأة أخرى فهو ابن الرجل، وهل ترجع زوجته على الأخرى؟ يحتمل وجهين (أحدهما) ترجع لان زوجها أبوه فالظاهر أنها أمه، ويحتمل أن يتساويا لان كل واحدة منهما لو انفردت لالحق بها فاذا اجتمعتا تساويتا |
(فصل) وان ولدت امرأتان ابنا وبنتا فادعت كل واحدة منهما ان الابن ولدها دون البنت

عنها اذا خلت عن المراض ولذلك ترك إقامة الحد عليها من اجل أيمانها بدليل قوله «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» على ان ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب، فان الحد في الزنا لا يثبت إلا بأقوى البينات وأكثرها عددا وأقوى الاقرار حتى يعتبر فيه تكراره اربع مرات وتدرأ بالشبهات، والنسب يثبت بشهادة امرأة على الولادة ويثبت بمجرد الدعوى مع ظهور اتفائه حتى لو ان امرأتان بولد وزوجها غائب منذ عشرين سنة لحقه ولدها فكيف ينجح إلى نفيه بعدم إقامة الحد؟ ولانه حكم بظن غالب ورأي راجح عن هو من اهل الخبرة فجاز كقول المقومين وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي ﷺ حين قالت ام سلمة او ترى ذلك المرأة؟ قال «فإن ابن يكون الشبه، والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لان إنكار الرجل ولده لحاقه لونه وعزمه على نفيه لذلك بدل على ان المادة خلافه وان في طباع الناس إنكاره فان ذلك إنما يوجد نادراً وإنما الحقه النبي ﷺ به لوجود الفرائض وتجوز مخالفة الظاهر للدليل ولا يجوز تركه لغير دليل ولان ضعفه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن اثباته، فان النسب يحتاط له لاثباته ويثبت بأدنى دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وانه لا ينتفي الا بأقوى الادلة كما أن الحد لما اتى بالشبهة لم يثبت الا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به

احتمل وجهين أحدهما أن ترى المرأتين القاتنة مع الولدين فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به كما لو لم يكن لها ولد آخر (والثاني) أن نعرض لبيتهما على أهل الطب والمعرفة فإن لبن الذكر يخالف ابن الأنثى في طبعه وزنته ، وقد قيل لبن الابن ثقيل وابن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة، فمن كان لبنا ابن الابن فهو ولدها والبنت الأخرى ، فإن لم يوجد قافة اعتبرنا الابن خاصة، وإن تنازعا أحد الولدين وهما جميعا ذكران أو اثنيان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم (فصل) ولو ادعى القبط رجلان فقال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابني نظرنا ، فإن كان ابنا فهو لمدعيه وإن كانت بنتا فهي لمدعيها لأن كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه ، وإن كان خنثى مشكلا أرى القافة معهم لأنه ليس قول واحد منهما أولى من الآخر ، وإن أقام كل واحد منهما بيته بما ادعاه فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى لأن بيته الكاذب منهما كاذبة وجودها كعدمها ولاخرى صادقة فيتمين الحكم بها

(فصل) وإذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطئا يلحق النسب بمثله فأنت بولد يمكن أن يكون منهما مثل أن يوطأ جارية مشتركة بينهما في طهر أو يوطأ رجل امرأة آخر أو أمته بشبهة في الطهر الذي وطئها زوجها أو سيدها فيه بأن يجدها على فراشه فيظنها زوجته أو أمته أو يدعوزوجته في ظلمة فتجيبه زوجة آخر أو جاريته أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسداً أو يكون نكاح أحدهما صحيحا

النسب في مسئلتنا، فإن قيل فهنا إذا علمت بالقافة فقد نفيت النسب عن من تلحقه القافة به قلنا إنما تنسب ههنا لعدم دليله لأنه لم يوجد إلا مجرد الدعوى وقد عارضها مثلها فسقط حكمها وكان الشبه مرجحاً لأحدهما فانتفت دلالة الأخرى فلزم انتفاء النسب لاتقاء دليله ، وتقديم الأمان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه كاليد تقدم عليها المينة ويعمل بها عند عدمها .

(فصل) والقافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابتة فهو قائف ، وقيل أكثر ما يكون في بني مدح رهط محرز الذي رأي أسامة وزيداً قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض ، وكان إياس بن معاوية المزني قائفاً وكذلك قيل في شريح

﴿مسئلة﴾ (فان ألحقته بأحدهما لحق به ليرجع جانبه وان ألحقته بهما لحق بهما وكان ابنه يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد)

يروى ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، وهو قول أبي ثور وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فإن ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم به واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه ان القافة قالت اشتركا فيه ، فقال عمر والأيها شئت ولأنه لا يتصور كونه من رجلين فإذا ألحقته القافة بهما تينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأمين ولان المتداعين

والآخر قاسداً مثل أن يطلق رجل امرأته فنكحها آخر في عدتها ووطنها أو يبيع جارية فيطوؤها المشتري قبل استبرائها بئناً ، بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القانة معها فأيهما الحق له ، والخلاف فيه كالخلاف في القبط .

(فصل) وإذا ادعى رق القبط مدع سمعت دعواه لانها ممكنة ، وإن كانت مخالفة لظاهر الدار فإن لم تكن له بينة فلا شيء له لانها دعوى تخالف الظاهر وتخالف دعوى النسب من وجهين (أحدهما) أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق مخالفة له (والثاني) أن دعوى النسب تثبت بها حق القبط . ودعوى الرق تثبت حقا عليه فلم تقبل بمجرد ادعاء رق غير القبط ، فإذا لم تكن له بينة سقطت الدعوى ، وإن كانت له بينة لم تخل أما أن تشهد باليد أو بالملك أو بالولادة فإن شهدت بالملك أو باليد لم تقبل فيه إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وإن شهدت بالولادة قبل فيه امرأة واحدة أو رجل واحد لانه مما لا يطلع عليه الرجال ثم ننظر فإن شهدت البينة باليد فإن كانت للثقة لم يثبت بها ملك لاننا عرفنا سبب يده فإن كانت لاجنبي حكمه باليد والقول قوله مع بينة في الملك وإن شهدت بالملك فقالت تشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وإن لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب فإن شهدت بأن أمته ولدته في ملكه حكم له به لأن أمته لا تلد في ملكه إلا ملكه ، وإن شهدت أنه ابن أمته أو أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه احتمل أن يثبت له الملك

لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ، ولو جاز أن يلتحق بهما ثبت باتفاقهما وألحق بها عند تعارض بينتهما

ولنا ما روى سعيد في سننه ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعاً فجعله بينهما ، وبأسناده عن الشعبي قال وعلي يقول هو ابنيهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ورواه الزبير بن بكار بأسناده عن عمر ، وقال الأئمة أحمد حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما ، وقال قابوس عن أبيه عن علي جعله بينهما ، وروى الأئمة بأسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاماً يشبههما فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فدعى القافة فنظروا فقالوا زاء يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه ، قال سعيد نصيبته الباقي منها وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته وإن صح فيحتمل أنه ترك قولهما لا من آخر إما لعدم ثقتهم وإما لانه ظهر له من قولهما واختلافه ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولهما انهما اشتركا فيه . قال أحمد إذا ألحقته القانة بهما ورثهما وورثانه فإن مات أحدهما فهو للباقي منها ونسبه من الأول قائم لا يزيله شيء ، ومعنى قوله هو للباقي منها والله أعلم أنه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما تأخذه الجدات ، والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذ جميع الزوجات .

بنفسه كقرطها في ملكه لان أمته ملكه فمماؤها ملكه كسمنها واحتمل أن لا يثبت الملك لانه يجوز أن
تلد قبل ملكه لما فلا تكون له وهو ابن أمته

(فصل) وان ادعى رق القبط بعد بلوغ مدغ كاف إجابته فان انكر ولا بينة المدعي لم تقبل
دعواه وان كانت له بينة حكم له بها فان كان القبط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت
تصرفاته لانه بان أنه تصرف بغير إذن سيده وان لم تكن بينة فافر بالرق نظرنا فان كان اعترف لنفسه بالحرية
قبل ذلك لم يقبل اقراره بالرق لانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطاله
وان لم يكن اعترف بالحرية احتمل وجهين (أحدهما) يقبل وهو قول أصحاب الرأي لانه مجهول الحال
أقر بالرق فيقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما الآخر بالرق كما لو أقر بقصاص أو
حد فانه يقبل وان تضمن ذلك فوات نفسه ، ويحتمل أن لا يقبل وهو الصحيح لانه يبطل به حق
الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ولانه محكوم بحريته فلم يقبل اقراره
بالرق كما ذكرنا ولان الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريته وام يتجدد له حال يعرف به رق نفسه
لانه في تلك الحال ممن لا يعلم وام يتجدد له رق بعد التناظره فكان اقراره باطلا ، وهذا قول القاسم
وابن المنذر والشافعي وجهان كما ذكرنا فان قلنا يقبل اقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما علية
دون ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي لانه أقر بما يوجب حقه له وحقا عليه

(مسئلة) ولا يلحق بأكثر من أم واحدة

إذا ادعت امرأتان نسب القبط فهو مبني على قبول دعوتها ، وقد ذكرنا ذلك ، وإن كانت
أحدهما ممن تقبل دعوتها دون الأخرى فهو ابنها كالمفردة ، وإن كانتا ممن لا تقبل دعوتها فوجودها
كعدمها وإن كانتا جميعاً ممن تقبل دعوتها فهما في إثباته بالينة وكونه يرى القافة عند عدمها أو تعارضهما
قالرجلين). قال احمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدنا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف
فقبل يرى القافة فقال ما أحسنه ، ولان الشبه يوجد بينهما وبين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر
لاختصاصها بمجملته وتغذيته ، والكافرة والمسلمة ، واليخوة والأمة ، في الدعوة واحدة كقولنا في الرجال ،
وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون بقبول دعوتها ، إذا ثبت ذلك فانه لا يلحق
بأكثر من أم واحدة ، فان ألحقته القافة بأمين سقط قولها لاتنا لا نعلم خصاء قطاً ، وقال أصحاب
الرأي يلحق بها بمجرد الدعوى لأن الام أحد الأبوين فجاز ان يلحق باثنين كالأب

ولنا ان هذا محال بيقيناً فلم يحز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما بخلاف الرجاء فان كونه
منهما ممكن فانه يجوز اجتماع نطفتي الرجلين في رحم امرأة فيمكن ان يخاق منهما ولد كما يخاق من
نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر قد اشتركا فيه ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه
منه الحاقه بمن يستحيل ذلك منه كما لا يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقه بأصغر منه

فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال لفلان علي ألف درهم ولي عنده رهن ويحتمل أن يقبل اقراره في الجميع ، وهو القول الثاني للشافعي لانه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة ولان هذه الاحكام تبع للرق فاذا ثبت الاصل بقوله ثبت التبع كما لو شهدت امرأة بالولادة نثبت ويثبت النسب تبعاً لها وأما ان أقر بالرق ابتداء لرجل فصدقه فهو كما لو أقر به جواباً وان كذبه بطل اقراره ثم ان أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز ، وقال بعض أصحابنا يتوجه أن لا يسمم اقراره الثاني لان اقراره الاول تضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى هذا المقر فاذا بطل اقراره برد المانر له بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره فلم يقبل اقراره بما نفيه كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ولنا أنه اقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع اقراره ثانياً كما لو أقر له بشوب ثم أقر به لآخر بعد رد الاول وفارق الاقرار بالحرية فان اقراره بها لم يبطل ولم يرد

(فصل) إذا قبلنا اقراره بالرق بعد نكاحه لم يخل من أن يكون ذكراً أو أنثى فان كان ذكراً فان كان قبل الدخول فسد نكاحه في حته لانه مقر أنه عبد تزوج بغير إذن سيده ولها عليه نصف المهر لانه حق عليه فلم يسقط بقوله ، وان كان بعد الدخول فسد نكاحه أيضاً ولها عليه المهر جميعه لما ذكرنا لان الزوج يملك الطلاق فاذا أقر بما يوجب الفرقة لزمته وولده حر تابع لأمه وان كان متزوجاً بأمة فولده لسيدها ويتعاق المهر برقبته لان ذلك من جنباياته ويفديه سيده أو يسلمه وان كان في يده كسب استوفى المهر منه لانه لم يثبت اقراره به لسيده بالنسبة الى امرأته فلا ينقطع حقها منه باقراره

(فصل) فان ادعى نسبه لرجل وامرأة فلا تنافي بينهما الا مكان كونه منهما بنسكاح كان بينهما او وطء شبهه فيلحق بهما جميعاً ويكون ابناً مجرداً عنهما كما لو اتفرد كل واحد منهما بالدعوة وإن قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل ورجح زوجته على الأخرى لان زوجها ابوه فالظاهر انها امه ، ويحتمل ان يتساويا لان كل واحدة منهما لو انفردت الحق بها فاذا اجتمعتا تساوتا

(فصل) ولو ولدت امرأتان ابناً وبناتاً فادعت كل واحدة منهما ان الابن ولدها احتمل وجهين (احدهما) ان يرى المرأتان القافة مع الولدين فيلحق كل منهما بمن الحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر. (والثاني) يعرض لنبها على اهل الطب والمعرفة فان لبن الذكـر يخالف لبن الانثى في طبعه وزنته وقد قيل لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند اهل المعرفة فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للآخرى، فان لم يوجد قافة اعتبر باللبن خاصة فاما ان تنازعا احد الوالدين وهما ذكران او اثنتان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم

(فصل) فان ادعى اللقيط رجلاً فقال احدهما هو ابني وقال الآخر هو ابنتي فان كان ابناً فهو لمديه وان كان بنتاً فهي لمديها لان كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه فان كان ختياً مشكلاً اري القافة لانه ليس قول كل واحد منهما اولى من الآخر، فان اقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيها كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى لان بينة الكاذب منهما كاذبة فوجودها كعدمها والاخرى صادقة فيتعين الحكم بها

وان قلنا يقبل قوله في جميع الاحكام فالنكاح فاسد لكونه تزوج بغير إذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم تكن مدخولا بها وان كان دخل بها فلها عليه المهر المسمى جميعه في إحدى الروايتين والاخرى خمساه وان كان القبط اثني فالنكاح صحيح في حقه وان كان قبل الدخول فلا مهر لها لاقرارها بفساد نكاحها وأنها أمة تزوجت بغير إذن سيدها والنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه الا بالدخول وان كان دخل بها لم يسقط مهرها ولسيدها الاقل من المسمى أو مهر المثل لان المسمى ان كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه وان كان الاقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه الا على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ههنا المسمى قل أو كثر لا اعتراف الزوج بوجوبه، وأما الاولاد فاحرار ولا تجب قيمتهم لانه لو وجب لوجب بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق أولادها باقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولها رقيق لسيدها فان اخترت المقام على ذلك فأقم وان شئت ففارقها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لاننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان افساداً للمقد جميعه بقولها لان شروط نكاح الامه لا تعتبر في استداة العقد انما تعتبر في ابتدائه فان قيل فقد قبله بقولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج قلنا لم يقبل قولها في ايجاب حق لم يدخل في العقد

(مسئلة) (فان ادعاه أكثر من اثنين فالحقته بهم لحق وان كثروا)

وقد نص أحمد في رواية منها انه يلحق بثلاثة ، ومقتضى هذا انه يلحق بمن ألحقته القافة وان كثروا ، وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف لاننا صرنا إلى ذلك للآثر فيقتصر عليه وقول القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروي ذلك عن أبي يوسف أيضا ولنا أن المعنى الذي لاجله ألحق باثنين ، وجود فيما زاد عليه فيقاس عليه ، وإذا جاز أن يخلق من اثنين جاز أن يخلق من أكثر منهما ، وقولهم : ان إلحاقه باثنين على خلاف الاصل ممنوع وان سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعديده الحكم به كما ان اباحة أكل الميتة عند المحمصة أبيع على خلاف الاصل ولا يمنع من أن يقاس على ذلك مال الغير والصيد الحريم وغيرها من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك ، وأما قول من قال يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزداد عليه فتحكم فانه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم الى ما في معناه ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصا يقتضي إلحاق النسب بهم دون ما زاد عليهم فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكم

(مسئلة) (فان نفته القافة عنهم أو أشكل عليهم أو لم يوجد قافة ضاع نسبه في أحد الوجهين وفي الآخر يترك حتى يبلغ فيتنسب الى من شاء أو ما إليه أحد)

وجملة ذلك انه اذا ادعاه أكثر من واحد وأري القافة فنفته عنهم أو لم يوجد قافة أو تعارضت أقوالهم أو لم يوجد من يوثق بقوله لم يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده لان ذلك لا يرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال والقبط ليس بمال ، فعلى هذا يضيع نسبه ، هذا قول أبي بكر لانه

عليه فأما الحكم في المستقبل فيمكن أيضا حقه وحق من ثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليه أو
يقم على نكاحها فلا يسهط حق سيدها فإن طلقها اعتدت عدة الحرة لأن عدة الطلاق حق للزوج بدليل أنها لا تجب
إلا بالدخول وسببها النكاح السابق فلا يقبل قولها في تنقيصها وإن مات اعتدت عدة الامة لأن الغالب فيها
حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول قبل قولها فيها ومن قال بقبول قولها في جميع الاحكام فهذه
أمة قد تزوجت بغير اذن سيدها فنكاحها فاسد، ويترق بينهما وإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن
كان دخل بها وجب لها مهر أمة نكحت بغير اذن سيدها على ما ذكر في موضعه، وهل ذلك مهر المثل أو
المسمى ؟ فيه روايتان وتعتمد حيزتين لأنه وطء في نكاح فاسد وأولاده أحرار لا اعتقاده حريتها فإنه
مغرور بحريتها وعليه قيمتهم يوم الوضع وإن مات عنها لم تجب عدة الوفاة

(فصل) وإن كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والأمان يؤدي
مما في يديه وما فضل عليه في ذمته لأن معاملة لا يعترف برقه ومن قال بقبول اقراره في جميع الاحكام
قال بفساد عقودها وأوجب رد الاعيان الى أربابها إن كانت باقية وإن كانت تالفة وجبت قيمتها
في رقبته إن قلنا إنما استدان العبد بغير اذن سيده فهو في رقبته وإن قلنا بأن استدانة العبد في ذمته
فهذا كذلك ويتبع به بعد العتق لأنه ثبت رضی صاحبه

لادليل لأحدهم أشبه من لم يدع أحد نسبه ، وقال ابن حامد تركه حتى يبلغ فينسب الى من شاء منهم
قال القاضي وقد أوما أحد الى هذا في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد الى أن الابن بخير أيهما
أحب وهو قول الشافعي في الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر : وال أيهما شئت ولأن الانسان
يميل طبعه الى قريبه دون غيره ولأنه مجهول النسب أقر به من هو من أهل الاقرار ثبت نسبه
كما لو انفرد ، وقال أصحاب الرأي : يلحق بالمذيعين بمجرد الدعوى لأن كل واحد منهم لو انفرد
سمعت دعواه فاذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كالأقر له بمال

ولنا أن دعواهما تعارضت ولا حجة لواحد منهما فلم يثبت كما لو ادعى رقه وليس هو في أيديهما
قال شيخنا وقول أبي بكر أقرب لما ذكرنا وقولهم يميل طبعه الى قرابته قلنا إنما يميل الى قرابته بعد
معرفة أنه قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل فلا يثبت قبله ولو سلم ذلك فإنه يميل أيضا الى من أحسن
اليه فإن القلوب جبلت على حب من أحسن اليها وبغض من أساء اليها وقد يميل اليه لاساءة الآخر
اليه وقد يميل الى أحسنهما خلقا وأعظمهما قدراً أو جاها أو مالا فلا يبقى للميل أثر في الدلالة على
النسب، ولا خلاف بين أصحابنا في أنه لا يثبت نسبه بالانتساب قبل البلوغ، قولهم أنه صدق المقر بنسبه
قلنا لا يحمل له تصديقه فإن النبي ﷺ لعن من ادعى إلى غير أبيه وهذا يعلم أنه أبوه فلا نمان أن
يكون ملعوناً بتصديقه، ويفارق ما إذا انفرد فإن المنفرد يثبت النسب بقوله من غير تصديق ، وقول
عمر رضي الله عنه وال أيهما شئت لم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة لأنه إنما أمره بالموا لالا بالانتساب وعلى قول
من جعل له الانتساب إلى أحدهما إذا انتسب إلى أحدهما عاد فانتسب إلى الآخر أو في نسبه من الاول ولم

(فصل) وإن كان قد جنى جنابة مرجبة لقصاص فعليه القود حراً كان المجني عليه أو عبداً لأن إقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما إذا كان المجني عليه عبداً أو حراً قبل إقراره فيه وإن كانت الجنابة خطأ تعاقب ارشها برقبته لأن ذلك مضر به ، فإن كان ارشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه وإن كان مما تحمله العائلة لم يقبل قوله في إسقاط الزيادة لأن ذلك يضر بالمجني عليه فلا

ينتسب إلى أحد لم يقبل منه لأنه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ويفارق الصبي الذي يخبر بين أبويه فيختار أحدهما ثم يرد إلى الآخر إذا اختاره فإنه لا حكم لقول الصبي وإنما تباع اختياره وشهوته فهو كما لو اشتهى طعاماً في يوم وغيره في يوم آخر ، وأما إن قامت الآخر بيينة بنسبه عمل بها لأنها تبطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فأولى أن تبطل الانتساب وإن وجدت قافة بعد انتسابه فالحق به ينهر من انتسب إليه بطل انتسابه لأنه أقوى فيبطل به الانتساب كالبيينة مع القافة (مسألة) وكذلك الحكم إن وطئ امرأة اثنان بشبهة أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد أو وطئت زوجة رجل أو أم ولده بشبهة وأنت بولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطئ أري القافة معهما كالقبط فألحق من الحق به منهما سواء ادعياه أو جحداه أو أحدهما وقد ثبت الاقرار بذكره القاضي وشرط أبو الخطاب في وطء الزوجة أن يدعي الزوج أنه من الشبهة ذكره في المحرر وكذلك أن تزوجها كل واحد منهما تزويجاً فاسداً وكان نكاح أحدهما صحيحاً والآخر فاسداً مثل أن يطلق امرأته فينكحها غيره في عدتها ويطؤها أو يبيع أمة فيطؤها المشتري قبل استبرائها وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما فإنه يرى القافة معهما فبأيهما الحق له ، والخلاف فيه كالحلاف في القبط على ما ذكرنا

(مسألة) (ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة)

وفي اعتبار حريته وجهان من المحرر قوله القافة قوم يعرفون الانساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة ، وقد قيل أكثر ما يكون ذلك في بني مدلج رهط محرر المدلجي وكان إياس بن معاوية المزني قائفاً ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة لأن قوله حكم فاعتبرت له هذه الشروط ، قال القاضي في معرفة القائف بالتجربة هو أن يترك الصبي مع عشرة رجال غير من يدعيه ويرى إياهم فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله لتبين خطئه وإن لم يالحقه بواحد منهم أريته إياه مع عشرين منهم مدعيه فإن ألحقه به لحق ، ولو اعتبر بأن يرى صبياً معروف النسب مع قوم فيه أبوه أو أخوه فإذا ألحقه بقرابه عرفت إصابته وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة إصابته ولو لم يجربه بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز ، فقد روي أن رجلاً شريفاً شك في ولده من جاريته وأبى أن يستلحقه فرب به إياس بن معاوية في المكتب ولا يعرفه فقال له ادع لي أباك فقال له المعلم ومن أبو هذا ؟ قال فلان ، قال من أين علمت أنه أبوه ؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب فقام المعلم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول إياس فخرج

يقبل قوله فيه وذيل نجب الزيادة في بيت المال لان ذلك كان واجبا للمجني عليه فلا يقبل قوله في اسقاطه وان جنى عليه جنابة موجبة للقود وكان الجاني حراً سقط لان الحر لا يقاد منه العبد وقد أقر المجني عليه بما يسقط القصاص، وان كانت موجبة لمال يقل بالرق وجب أقل الامرين وان كان مساوياً للواجب قبل الاقرار وجب ويدفع الواجب الى سيده، وان كان الواجب يكثر لكون قيمته عبداً أكثر من دينه حراً لم يجب الا ارض الجنابة على الحر ومن قبل قوله في الاحكام كلها أوجب ارض الجنابة على العبد، وان كان الارش تحمله العاقلة اذا كان حراً سقط عن العاقلة ولم يجب على الجاني لان اقراره بالرق يتضمن اقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل في إيجابه على الجاني فسقط وقيل لا يتحول عن العاقلة ومن قال لا يقبل اقراره في الاحكام كلها أوجب الارش على الجاني

الرجل وسأل اياًساً من ابن عمت أن هذا ولدي ؟ فقال سبحانه الله وهل يخفى ذلك على أحد إنه لأشبه بك من الغراب بالغراب فمسر الرجل واستلحق ولده

(فصل) نقل عن أحمد أنه لا يقبل الا قول اثنين من القافة ولفظ الشهادة منهما فروى عنه الأثرم أنه قيل له اذا قال أحد القافة هو لهذا وقال الآخر هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين فاذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لانه قول يثبت به النسب أشبه الشهادة ولانه حكم بالشبه في الخلقة فاعتبر فيه اثنان كالحكم بالمثل في جزاء الصيد ، وقال القاضي يقبل قول الواحد لانه حكم ويكفي في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما اذا تعارض قول القاتنين فقال اذا خالف القائف غيره تعارضاً وسقطاً ، ولان النبي ﷺ اكنفى بقول محرز وحده فان قال اثنان قولاً وخالفهما واحد فقولهما أولى لانه أقوى من قول واحد ، وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع ، فان عارض قول اثنين قول ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لو كانت احدى البينتين اثنتين والاخرى ثلاثة وأما ان ألحقته القافة بواحد فجاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان للاول لان قول القائف جرى مجرى حكم الحاكم اذا حكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره ولذلك لو ألحقته بواحد ثم عادت وألحقته بغيره كذلك ، وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف لانه بدل فسقط. بوجود الاصل كالتيميم مع الماء

(فصل) واذا ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظان كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد لها وإنما قبلنا قول القافة في النسب للحاجة إلى اثباته ولكونه غير مخالف للظاهر ولهذا اکتبننا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة إلى اثبات رقه وكفره واثباتهما بخالف الظاهر

(فصل) لو ادعى نسب القبط انسان وألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر وأدعاه لم يزل نسبه عن الاول لانه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى فان ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول لانها بينة في إلحاق النسب فيزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة

كتاب الوصايا

الوصايا جمع وصية. مثل العطايا جمع عطية، والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) وقال الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وأما السنة فروى سعد بن أبي وقاص قال جاءني رسول الله ﷺ يعوذني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفأصدق بثلاثي مالي؟ قال «لا» قلت فبالشطر يا رسول الله؟ قال «لا» قلت فبالثلث؟ قال «الثلث والثالث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس» وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده» متفق عليهما وروى ابو امامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث رواه سعيد وابو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن علي رضي الله عنه قال انكم تقرأون هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وان النبي ﷺ قضى ان الدين قبل الوصية ورواه الترمذي وأجمع العلماء في جميع الامصار والاعصار على جواز الوصية

(فصل) ولا تجب الوصية الا على من عليه دين او عنده ودبعة او عليه واجب يوصي بالخروج منه فان الله تعالى فرض اداء الامانات وطريقه في هذا الباب الوصية فتكون مفروضة عليه فاما الوصية بجزء

كتاب الوصايا

(وهي الامر بالتصرف بعد الموت) الوصايا جمع وصية مثل العطايا جمع عطية والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، وقال ابو الخطاب هو التبرع به مال يقف نفوذه على خروجه من الثلث، فعلى قوله تكون العطية في مرض الموت وصية، والصحيح انها ليست وصية لانها تخالفها في الاسم والحكم في أشياء ذكرناها في عطية المريض، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله سبحانه (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية) وقوله (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وأما السنة فروى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: جاءني رسول الله ﷺ يعوذني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفأصدق بثلاثي مالي؟ قال «لا» قلت فبالشطر يا رسول الله؟ قال «لا» قلت فبالثلث؟ قال «الثلث والثالث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس» متفق عليه وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال «ما حق امرئ مسلم له ما يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده»

من ماله فليست بواجبة على أحد في قول الجمهور وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، وقال ابن عبد البر أجمعوا على أن الوصية غير واجبة الأعلى من عليه حقوق بغير بينة وأمانة بغير إظهار الطائفة شذت فأوجبها روي عن الزهري أنه قال جعل الله الوصية حقاً مما قل أو كثر وقيل لأبي مجاز على كل ميت وصية ؟ قال إن ترك خيراً وقال أبو بكر عبد العزيز هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون وهو قول داود وحكي ذلك عن مسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وخبر ابن عمر وقالوا نسخت الوصية للأولاد والأقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين

ولنا أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم ينقلوا بذلك ولنقل عنهم نقلًا ظاهرًا ولأنها عطية لا تجب في الحياة فلا تجب بعد الموت كعطية الأجانب فأما الآية فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (لرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون) وقال ابن عمر نسختها آية الميراث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وذهب طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة إلى أنها نسخت بقول النبي ﷺ : إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب أو عنده وديعة

(فصل) وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً لأن الله تعالى قال (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية) فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث وقد

متفق عليه وعن أبي امامة قل : سمعت رسول الله ﷺ يقول « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن علي رضي الله عنه قال إنكم تقرأون هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وإن النبي ﷺ قضى بالدين قبل الوصية رواه الترمذي وأجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية

(فصل) ولا تجب إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصي بالخروج منه لأن الله تعالى أوجب أداء الأمانات إلى أهلها وطريقته الوصية فتكون واجبة عليه ، فأما الوصية ببعض ماله فليست واجبة عند الجمهور يروى ذلك عن الشعبي والنخعي والثوري ومالك وأصحاب الرأي والشافعي وغيرهم ، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حق بغير بينة أو أمانة بغير إظهار الطائفة شذت فأوجبها فروي عن الزهري أنه قال : جعل الله الوصية حقاً مما قل أو كثر ، وقيل لأبي مجاز على كل ميت وصية ؟ قال إن ترك خيراً وقال أبو بكر عبد العزيز هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون وبه قال داود وحكي ذلك عن مسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وبخبر ابن عمر فقالوا تستحب الوصية للأولاد والأقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين

روى عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ يا ابن آدم جعلت لك نصيباً من مالك حين أخذت بكظمك لا طهر لك وأزكك وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم « رواها ابن ماجه وقال الشعبي من أوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الاجر مثل ما لو اعطاها وهو صحيح واما الفقير الذي له ورثة محتاجون فلا يستحب له ان يرصي لان الله قال في الوصية (ان ترك خيراً) وقال النبي ﷺ لعد « انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم غالة يتكفنون الناس » وقال « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » وقال علي رضي الله عنه لرجل اراد ان يرصي انك لن تدع طائلاً انما تركت شيئاً يسيراً فدعه لورثتك وعنه اربعائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة وروى عن عائشة رضي الله عنها ان رجلاً قال لها « لي ثلاثة آلاف درهم واربعة اولاد فأوصني » فقالت اجعل الثلاثة للاربعة وعن ابن عباس قال من ترك سبعائة درهم ليس عليه وصية وقال عروة دخل علي صديق له يعود فقال الرجل اني اريد ان اوصي فقال له ان الله تعالى يقول (ان ترك خيراً) وانك انما تدع شيئاً يسيراً فدعه لورثتك. واختلف اهل العلم في القدر الذي لا تستحب له المالكه فروى عن احمد اذا ترك دون الالف لا تستحب الوصية وعن علي اربعائة دينار وقال ابن عباس اذا ترك المائتين سبعائة درهم فلا يرصي وقال من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً أو قال طائلاً من الخير عاينون ديناراً أو قال النخعي الف وخمسائة وقال ابو حنيفة القليل ان يصيب اقل الورثة سهماً خمسون درهماً والذي يقوى عندي انه متى كان المترك لا يفضل عن غنى الورثة فلا تستحب الوصية لان النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله « ان ترك ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم غالة » ولان اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي فمضى لم يبلغ الميراث

ولما أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم يوصوا ولم ينقل لذلك تكبير ولو كانت واجبة لم يغفلوا بذلك ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً ولانها عطية لانجب في الحياة فلم تنجب بعد الموت كعطية الاجانب فأما الآية فقال ابن عباس نسخها قوله سبحانه (لرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقرابون) الآية وقال ابن عمر نسختها آية الميراث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وذهب جماعة ممن يرى نسخ القرآن بالنسخة الى أنها نسخت بقول النبي ﷺ ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث « وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب او عنده ودیعة

(مسئلة) (وتصح من البائع الرشيد) عدلاً كان أو فاسقاً رجلاً أو امرأة مسلماً أو كافراً لان هبهم صحيحة فالوصية أولى

(مسئلة) (وتصح من السفیه في أصح الوجهين)

المجبور عليه لانه تصح وصيته في قياس قول أحمد قال الحبري وهو قول الاكثرين وفيه وجه آخر أنها لا تصح حكاه أبو الخطاب لانه مجبور عليه في تصرفاته فلم تصح منه كلمة ولما أنه عاقل مكلف فصحت وصيته كرشيد ولان وصيته محض مصلحة من غير ضرر لانه

غنام كان تركه لهم كعطيتهم اياه فيكون ذلك افضل من الوصية به لغيرهم فتند هذا يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلةهم وغنام وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال والله اعلم وقد قال الشعبي مامن مال اعظم اجر آمن مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس

(فصل) والاولى ان لا يستوعب الثالث بالوصية وان كان غنيا لقول النبي ﷺ «والثالث كثير» قال ابن عباس لو أن الناس غضوا من الثالث فإن النبي ﷺ قال «الثالث كثير» متفق عليه وقال القاضي وابو الخطاب ان كان غنيا أستحب الوصية بالثالث

ولنا ان النبي ﷺ قال لسعد «والثالث كثير» مع اخباره اياه بكثرة ماله وقلة عياله فانه قال في الحديث ان لي مالا كثيرا ولا يرثني الا ابنتي وروي سعيد بن بن خالد بن عبد الله ثنا عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال مرضت مرضا فعادني رسول الله ﷺ فقال لي «أوصيت؟» فقلت نعم أوصيت بمالي كله فقرا. وفي سبيل الله فقال لي رسول الله ﷺ «أوصي بأشئ» فقلت يا رسول الله ان مالي كثير وورثتي اغنيا. فلم يزل رسول الله ﷺ ينأصني وأناقصه حتى قال «أوصي بالثالث والثالث كثير» وقرأوا عبد الرحمن لم يكن احدا من يبلغ في وصيته الثالث حتى ينأص منه شيئا لقول النبي ﷺ «الثالث والثالث كثير» اذا ثبت هذا فلا نضل اغني الوصية بالخمس ونحو هذا يروي عن أبي بكر الصديق وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وهو ظاهر قول السائب وعلماء اهل البصرة وبروي عن عمر رضي الله عنه انه جاء شيخ فقال يا أمير المؤمنين انا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني اعراب موالي كلاله منزوح نسبهم أفأوصي بمالي كاء؟ قال لا قال فلم يزل يحط حتى بلغ العشر وقال اسحق السنه الرابع الان يكون رجلا يعرف في ماله حرمة شبهات او غيرها فانه استيعاب الثالث ولنا ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه أوصى بالخمس وقيل وصيت بما رضي الله به لنفسه يعني

ان عاش لم يذهب من ماله شيء وان مات فهو محتاج الى الثواب فصحت وصيته كعبادته (فصل) وتصح من الصبي العاقل اذا جاوز العشر ولا تصح ممن له دون السبع وفيما ينها روايتان المنصوص عن أحمد صحة وصية الصبي العاقل اذا جاوز العشر رواه عنه صالح وحنبلي قال أبو بكر لا يختلف المذهب ان من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وفيما بين السبع والعشر روايتان قال ابن مومي لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية لدون تسع قولاً واحداً وما زاد على العشر فيصح على المنصوص وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ وقال القاضي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي اذا عقل وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية الصبي وهو قول عمر بن عبد العزيز ومريح وعطاء والزهرري وإياس وعبد الله بن عتبة والشعبي والنخعي ومالك واسحاق قال اسحاق اذا بلغ اثنتي عشرة، وحكاها ابن المنذر عن أحمد وعن ابن عباس لا تصح

قوله تعالى (واعلموا اننا غنمتم من شيء فان الله خبئه) وروى ان ابا بكر وعليهما رضي الله عنهما اوصيا بالخمس وعن علي رضي الله عنه انه قال لأن اوصي بالخمس احب الى من الربيع وعن ابراهيم قال كانوا يقولون صاحب الربع افضل من صاحب الثلث وصاحب الخمس افضل من صاحب الربع وعن الشعبي قال كان الخمس احب اليهم من الثلث فهو منتهى الجامع وعن العلماء ابن زياد وقال اوصى ابني ان اسأل العلماء اي الوصية اعدل فما تناهبوا عليه فهو وصيته ؟ فتناهبوا على الخمس

(فصل) والافضل ان يجعل وصيته لاقاربه الذين لا يرثون اذا كانوا فقراء في قول عامة اهل العلم قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك اذا كانوا ذوي حاجة وذلك لان الله تعالى كتب الوصية للذين لا يرثون والافريقين فخرج منه الوارثون بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث وبقي سائر الاقارب لهم وأقل ذلك الاستحباب وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربى حقه) وقال تعالى (وآتي المال على حبه ذوي القربى) فبدأ بهم ولان الصدقة عليهم في الحياة افضل فكذلك بعد الموت فان اوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته في قول اكثر اهل العلم منهم سالم ولبان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق واصحاب الرأي وحكي عن طارس والضحاك وعبد الملك بن يعلى أنهم قالوا ينزع عنهم ويرد الى قرابته وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد : لذي اوصى له ثلث الثلث والباقي يرد الى قرابة الموصي لانه لو اوصى بما له كله لجاز منه الثلث والباقي رد على الورثة واقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله ولنا ما روى عمران بن حصين ان رجلا اعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك

وصيته حتى يبلغ وبه قال الحسن وجاهد واصحاب الرأي والشافعي قولان كاللذهيين ولانه تبرع بالمال فلا يصح من العبي كالمهبة والعنق

ولنا ما روي أن صبيًا من غسان له عشر سنين وصى لآخوال له فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته رواء سعيد ، وروى مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب ان ههنا غلاما يفاغا لم يحتمل وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم فقال عمر فليوص لها فأوصى بمال يقال له بئر خشم قال عمرو بن سليم فبعث ذلك المال بثلاثين ألفاً وابنة عمه انتي أوصى لها هي أم عمر بن سليم قال أبو بكر وكان الغلام بن عشر أو اثني عشرة سنة وهذه قضية انتشرت ولم تنكر ولانه تصرف محض فصح لصبي فصح منه كالاسلام والصلاة وذلك لان الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن مالكة فلا يلحقه ضرر في عاجل ديناه ولا أخراه بخلاف الهبة والعنق المنجز فانه يفوت من ماله ما يحتاج اليه واذا ردت رجعت اليه وههنا لا يرجع اليه بالرد والطفل لا عقل له ولا تصح عبادانه ولا اعلامه وأما من له فوق السبع ولم يبلغ العشر فقد ذكرنا فيه روايتين (احدهما) تصح وصيته وهو ظاهر قول القاضي وأبي الخطاب لانه عاقل يصح اسلامه

النبي ﷺ فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء، ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وارق أربعة فاجاز العتق في تلك الغير قرابته ولأنها عطية فجازت لغير قرابته كالعطية في الحياة

(مسئلة) قال (ولا وصية لو ارث الا أن يميز الورثة ذلك)

وجلة ذلك أن لانسان اذا أوصى لو ارثه بوصية فلم يميزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء قال ابن المنذر وابن عبد البر أجمع أهل العلم على هذا وجاءت الاخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو امامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لو ارث » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي ولان النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة المال وامكان تلافى العدل بينهم باعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم في حال موته أو مرضه وضعف ماله وتعلق الحقوق به وتعذر تلافى العدل بينهم أولى وأحرى ، وإن أجازها جازت في قول الجمهور من العلماء ، وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة ، وإن أجازها سائر الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذاً من ظاهر قول أحمد ، في رواية حنبل : لا وصية لو ارث وهذا قول المزني وأهل الظاهر وهو قول الشافعي واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ « لا وصية لو ارث » وظاهر مذهب أحمد والشافعي أن الوصية صحيحة في نفسها وهو قول جمهور العلماء لانه تصرف صدر من أهله في محله فصح كما لو وصى لاجنبي والخبر قد روي فيه « إلا أن يميز الورثة » والاستثناء من النبي أثبات فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الاجازة

يؤمر بالصلاة وتصح منه أشبه من جاوز العشر (والثانية) لا تصح كمن له دون السبع والاول أقيس والله أعلم قال الحنفي ومن جاوز العشر فوصيته جائزة اذا وافق الحق يربد اذا وصى وصية يصح مثلها من البالغ صحت منه ومالا فلا قال شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان من أصاب الحق أجزأ وصيته

(مسئلة) (ولا تصح من غير عاقل كالطفل والمجنون والمبرم ، وفي السكران وجهان)

أما الطفل ومن له دن سبع سنين والمجنون والمبرم فلا وصية لهم في قول الأكثرين منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ومن تبعهم قال شيخنا ولا نعلم أحد أخالفهم إلا إياس بن معاينة فإنه قال في الصبي والمجنون اذا وافقت رصيتهما الحق جازت وإيس بصحيح فإنه لا حكم اكلامهما ولا تصح عبادتهم ما ولا شيء من تصرفهما فكذلك الوصية بل أولى فإنه اذا لم يصح اسلامه رسلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها فأولى أن لا يصح بذلك لما لا يتضرر به وارثه فاما من يفتق في الاحيان فاذا أوصى حال جنونه لم يصح ، وان أوصى حال افاقته صحت وصيته لانه بمنزلة العقل في شهادته ووجوب العبادات عليه فكذلك وصيته ولا تصح وصية السكران في أصح الوجهين وفيه وجه آخر أنها تصح بناء على

ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا أو يقدر فيه لا وصية لو ارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة، وقائدة الخلاف أن الوصية اذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت أو نفذت فإذا قال ذلك لزم الوصية وإن كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة تنقصر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة ولو رجع المميز قبل القبض فما يمتد فيه القبض صح رجوعه

(فصل) وإن أسقط عن وارثه ديناً أو وصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو مفي عن جنابة المال فهو كالوصية له، وإن عني عن القصاص وقتلنا الواجب القصاص عينا سقط إلى غير بدل ، وإن قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال ، وإن عني عن حد القذف سقط. مطاعاً ، وإن وصى لغيره وارثه وصحت الوصية وكذلك إن وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال أبو يوسف هو وصية لو ارث لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية وتستوفي ديونه منها ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان إلى وارثه ، وإن وصى لولد وارثه صح فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى قال طائفة في قوله عز وجل (فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً) قال أن يوصي لولد ابنته وهو يريد ابنته . رواه سعيد قال ابن عباس الجنف في الوصية والاضرار فيها من الكبائر

(فصل) وإن وصى لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه كرجل خلف ابناً وبنتاً وعبداً قيمته

طلاقاً والاول أصح لانه غير عاقل أشبه المجنون وطلاقه إنما أثره من أوثقه تذايلاً عليه لارتكابه المعصية فلا يعمد هذا إلى وصيته فإنه لا ضرر عليه فيها إنما الضرر على وارثه فأما المضمي في عقده فإن منع ذلك رشده في ماله فهو كاسفيه وألا فهو كالعاقل والله أعلم

(مسألة) (وتصح وصية الآخرس بالإشارة ولا تصح بمن اعتقل لسانه بها ويحتمل أن تصح) إذا فهمت إشارة الآخرس وصيته بها لأنها أقيمت مقام نطقه في طلاقه وإعائه وغيرهما فإن لم تفهم إشارته فلا حكم لها وبه قال أبو حنيفة والشافعي وغيرهما فأما الناطق إذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها رفعت إشارته فلا تصح وصيته إذا لم يكن مأبوساً من نطقه ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح وهو قول الشافعي وابن المنذر لانه غير قادر على الكلام أشبه الآخرس واحتج ابن المنذر بأن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد فأشار إليهم فعدوا رواه البخاري وخرجه ابن عقيل وجهاً إذا اتصل باعتقال لسانه الموت

ولنا أنه غير مأبوس من نطقه فلم تصح وصيته بالإشارة كالتقادر على الكلام والخبر لا يلزم فإن النبي ﷺ كان قادراً على الكلام ولا خلاف في أن إشارة التقادر لا تصح بها وصيته ولا إقراره وفارق الآخرس فإنه مأبوس من نطقه

مائة وجارية قيمتها خمسون فرساً لابنه بعبده ولا بنته بأمتة احتمل أن تصح الوصية لأن حق الوارث في القدر لافي العين بدليل مالو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً بجميع ماله صح إذا كان ذلك بشمن المثل ، وإن تضمن فوات عين المال واحتمل أن تثقف على الإجازة لأن في الأعيان غرضاً صحيحاً وكما لا يجوز إبطال حق الوارث في قدر حقه لا يجوز من عينه

(فصل) وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض عتق وورث وبهذا قال مالك وبغض أصحاب الشافعي وحكاية الخبري مذهباً للشافعي ولا خلاف بين هؤلاء في أنه إذا ملكه بالميراث أنه يعتق ويرث وقال أبو حنيفة إن حمله الثلث عتق وورث والا سعى فيما بقي عليه ولم يرث ولم يفرق بين أن يملكه بعوض أو غيره ، وقال أبو يوسف ومحمد يمتسب ميراثهم من قيمتهم فإن فضل شيء أخذه ، وإن فضل عليهم شيء سعوا فيه

ولنا أن المريض لم يضم فيهم شيئاً من ماله وإنما اتى على سبب ملكهم على وجه لم يستقر وزال بغير إزالته فلم يمتسب عليه من ثلثه كما لو اتهم شيئاً فرجع الواهب فيه قبل قبضه أو اشترى شيئاً فيه غبطة بشرط الخيار ففسخ البائتم أو وجد بالتمن عيباً ففسخ البيع أو تزوجت المرأة فطلعت قبل الدخول وإذا لم تكن وصية لم يمتسب عليه من الثلث لم ينعيم الميراث كالميراث عند من سلمه أو كالميراث عند من سلمه في صحته فإن ملكه بعوض كالأشراء فحكى الخبري عن أحمد أنه يعتق ويرث وهذا قول ابن الماجشون وأهل البصرة وقال القاضي في المجرى أن ملكه بعوض وخرج من الثلث عتق وورث والاعتق منه بقدر الثلث وهذا قول مالك وقال الخبري وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وحكى غيره عن الشافعي أنه لا فرق عنده بين أن يملكه بعوض

(فصل) وإن وصى عبد أو مكاتب أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لأنه لا مال لهم وإن عتقوا ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لأن لهم قولاً صحيحاً وأهلية تامة وفارقوا الحر بأنهم لا مال لهم والوصية تصح مع عدم المال كما لو وصى الفقير ولا شيء له ثم استغنى وإن قال أحدهم متى عتقت ثم مات فثلثي لفلان وصية فعتق ثم مات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو نوري ولا أعلم عن غيرهم خلافهم

﴿مسألة﴾ (وإن وجدت وصيته بخطه صحت وعنه لا تصح حتى يشهد عليها)

نقل اسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه قال من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد عليها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها ووجه ذلك قول النبي ﷺ « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » ولم يذكر شهادة « ولأن الوصية يتساع فيها ويصح تعليقها على الخطر والفرار وتصح للحمل وبالحمل وبما لا يقدر على تسليمه فجاز أن يتساع فيها بقبول الخط كرواية الحديث وكما لو كتب الطلاق ولم يلفظ به وعن أحمد ما يدل على أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقرأ بما فيه

أو غيره وإنه ان خرج من الثلث عتق والا عتق منه بقدر الثلث ولا يرث في الحالين لانه لو ورث
لكان اعتاقه وصية لو ارث فيبطل عتقه ويبطل ميراثه لبطلان عتقه فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه
فصححنا عتقه ولم نورثه لئلا يفضي إلى ذلك ، ومذهب أبي حنيفة وصاحبيه في هذا كذهبهم
فيما اذا ملكه بغير عوض

ولنا على اعتاقه قول النبي ﷺ « من ملك ذا رحم محرّم فهو حر » ولانه ملك وجدّه ما ينافيه
فبطل كلاك النكاح مع ملك الرقة أعني فيما اذا اشترى أحد الزوجين صاحبه ، واذا أعتق ورث
لانه وجد سبب الميراث عربا عن الموانع فورث كما لو ورثه ، وقولهم ان عتقه وصية لا يصح لان الوصية
فعله ، والعتق ههنا يحصل من غير اختياره ولا ارادته ، ولان رقة الممتق لا تحصل له وإنما تلف ماله
وتزول فيصير ذلك كتلفه يقتل بعض رقبته أو كاتلاف بعض ماله في بناء مسجد مثل ذلك مريض
وهب له ابنه قبله وقيمته مائة ثم مات المريض وخلف ابنا آخر ومائتين فانه يعتق ويقاسم أخاه
المائتين في قول الاكثرين ، وعند الشافعي فيما حكى عنه غير الخبري يعتق ولا يرث شيئا وعند صاحبي
أبي حنيفة يعتق وله نصف التركة بحسب عليه بقيمته ويبقى له خمسون ، وان كان باقي التركة خمسين
فعندنا يعتق وله نصف الخمسين وهو قول مالك ، وعند أبي حنيفة يعتق نصفه ويسعى في باقيه والخمسون
كلها لآخيه ، وقال صاحباه تعتق ثلاثة أرباعه وعند الشافعي في قول غير الخبري يعتق نصفه ويرق
نصفه ونصفه الرقيق والخمسون كلها لآخيه ، وان كان باقي التركة ثلاثمائة فعندنا يعتق وله مائة
وخمسون ، وعند الشافعي يعتق ولا يرث شيئا وعند صاحبي أبي حنيفة يعتق وله مائة فان كان اشترى

وبهذا قال الحسن وأبو قلابة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ؛ لان الحكم لا يجوز برؤية خط
الشاهد بالشهادة فكذا ههنا وأبلغ من هذا ان الحاكم لو رأى حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر أنه
حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجوز للحاكم انفاذ الحكم بما وجده ولا
للشاهد ان الشهادة بما رأى خطه به فهنا أولى ، وان كتب وصيته وقال اشهدوا علي بما في هذه الورقة أو
قال هذه وصيتي فاشهدوا علي بها فقد حكى عن أحمد أن الرجل اذا كتب وصيته وختم عليها وقال
للشهود اشهدوا علي بما في هذا الكتاب لا يجوز حتى يسمعو منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقر بما فيه
وهو قول من سمي في المسألة الاولى ويحتمل جوازه على ما نقله عن أحمد اسحاق بن ابراهيم في
المسألة قبلها وذكره الخرقى ؛ ومن قال ذلك عبد الملك بن يعلى ومكحول وغير بن ابراهيم ومالك والليث
والاوزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد واسحاق وروي عن سالم بن عبد الله وقتادة وسوار بن
عبد الله بن الحسن ومعاذ بن معاذ النخعي وهو مذهب فقهاء أهل البصرة وقضائهم واحتج
أبو عبيد بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسننه ثم ما عمل
به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم الى ولايتهم بالاحكام التي فيها الدماء والفروج والاموال

ابنه بمائة ومات وخلف ابنا آخر ومائة أخرى فعلى الرواية الاولى يعتق ويقاسم أخاه المائة الباقية وعلى ما حكاه القاضي يعتق منه ثلثاء ويرث أربعين ويعتق باقية على أخيه ولا يرث بذلك الجزء شيئاً لأن عتقه حصل بعد موت أبيه ، وعند الشافعي يعتق ثلثاء ولا يرث ، وقال أبو حنيفة يعتق ثلثاء ويسعى في باقية ولا يرث ، وعند صاحبيه يعتق كله ولا يرث شيئاً فإن كان قد تصدق قبل ذلك بثلثه أو جاباه لم يعتق لأن الثالث قد ذهب

(فصل) وإن ملك من ورثته من لا يعتق عليه كبنني عمه فأعتقهم في مرضه فعتقهم وصية لانه حصل بفعله واختياره وحكمهم في العتق حكم الاجازب ان خرجوا من الثالث عتقوا والاعتق منهم بقدر الثلث ، وينبغي أن يعتقوا ولا يرثوا ، لأنهم لو ورثوا لمكانت وصية لو ارث فيبطل عتقهم ثم يبطل ميراثهم ، وقد قال أبو الخطاب في رجل ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته عتق ولم يرث ، وهذا في معنى ما ذكرنا لأن إقراره لو ارث غير مقبول فنعنا ميراثه ليقبل إقراره له بالاعتاق

(فصل) مريض اشترى أباه بألف لآمال له سواء فعلى رواية الخبري يعتق كله ، وعلى القول الآخر يعتق ثلثه ، على المعتق ويعتق بآتيه على ابنه وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى الابن في ثلثيه ، وعلى قول صاحبيه يعتق سدسه ويسعى في خمسة أسداسه ، وقيل على قياس قول الشافعي يفسخ الشراء إلا أن يجيز الابن عتقه وقيل يعتق ثلثه ويفسخ البيع في ثلثيه وإن خلف الفين سواء عتق وورث سدسهما وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وفي قول صاحبيه يعتق نصفه ويسعى في قيمة نصفه

مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وأمضوها على وجهها وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه ، ولا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره في علماء العصر فيكون اجماعاً ، ووجه القول الاول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضي الى القاضي والاولى الجواز ان شاء الله تعالى لظهور دليله والاصل لنا فيه منهم

(فصل) وأما اذا ثبتت الوصية بشهادة أو أقرار الورثة به فإنه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعلم رجوعه عنه وإن تطارلت مدته وتغيرت أحوال الموصي مثل أن يوصي في مرض فيبراً منه ثم يموت بعد أو يقتل لأن الاصل بقاؤه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الاحكام

(فصل) ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها لانه أحوط لها وأحفظ لما فيها وقد ذكرنا حديث ابن عمر وروى أنس رضي الله عنه قال كانوا يكتبون في صدور وصاياهم بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وإن محمداً عبده ورسوله وأن الساعة آتية لا ريب فيها وإن الله يبعث من في القبور وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله ان كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب (يا بني ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وانتم مسلمون) أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض

(فصل) واذا وهب الانسان أبوه أو وصى له به استحبه له أن يقبله ولم يجب، وهذا قول الشافعي ويحتمل أن يجب عليه قبوله لأن فيه اعتاقا لآلئيه من غير التزام مال ولنا أنه استجلاب ملك على الاب فلم يلزمه كما لو بذل له بعوض أو كما لو بذل له ابنه أو غيره من أقاربه ولأنه يلزمه ضرر باحراق المنة به وتلزمه نفقته وكسوته

(فصل) اذا وصى لوارثه وأجنبي بثلثة فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما، وإن وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصية لهما وإن ردوا بطلت وصية الوارث في المسألتين والأجنبي السدس في الأولى والمعين الموصى له به في الثانية، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم، وإن كانت الوصيتان بثلثي ماله فأجاز الورثة لهما جازت لهما، وإن عيّنوا نصيب الوارث بالرد وحده فللأجنبي الثلث كاملا لأنهم خصوا الوارث بالابطال فالثلث كله للأجنبي وسقطت وصية الوارث فنصار كنه لم يوص له، وإن أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما فالثلث الباقي بين الوصيين لكل واحد منهما السدس، هذا الذي ذكره القاضي وهو قول مالك والشافعي وذلك لأن الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة الوصيتين فيكون لكل واحد منهما الثلث فإذا أبطلوا نصيبهما بالرد كن البطلان راجعا إليهما وما بقي منهما بينهما كما لو تلف ذلك بغير الرد، واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي وحكي نحو هذا عن أبي حنيفة لأنهم لا يقدرزون على إبطال الثلث فنادون إذا كان لأجنبي، ولو جعلنا الوصية بينهما للملكوا إبطال ما زاد على السدس، فإن صرح الورثة بذلك فلو أجزنا الثلث لكنا ورددنا ما زاد عليه في وصيتهما أو قالوا

عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أنس، وروى عن ابن مسعود أنه كتب في وصيته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود أن حدث بي حادث الموت من مرضه هذا أن مرجع وصيتي إلى الله تعالى ثم إلى الزبير بن العوام وابنه عبد الله وأنها في حل وبل مما وليا وقضيا وأنه لا يزوج امرأة من بنات عبد الله إلا بأذنها، وروى ابن عبد قال كان في وصيته أبي الدرداء بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى أبو الدرداء أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله وأن الجنة حق والنار حق وأن الله يبعث من في القبور وأنه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك بحسبي ويموت إن شاء الله وأوصى فيما رزقه الله بكذا وكذا وأن هذه وصيته إذ لم يغيرها.

(فصل) قال رحمه الله (والوصية مستحبة لمن ترك خيرا وهو المال الكثير بخمس ماله وتركه لغيره إن كان له ورثة)

وجملة ذلك أن الوصية مستحبة لمن ترك خيرا لقول الله تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا) الوصية فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث، وروى ابن عمر

رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك آكد في جعل السدس لكل واحد منهما لتصرفهم به ، وإن قالوا أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا نصف وصية الأجنبي فهو على ما قالوا لأن لهم أن يجيزوا لهما ويردوا عليهما فكان لهم أن يجيزوا لأحدهما ويردوا على الآخر ، وإن أجازوا للأجنبي جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وصيته جاز كما قلنا ، وإن أرادوا أن ينقصوا الأجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك سواء أجازوا لوارث أو ردوا عليه ، فإن ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي فعلى قول القاضي لهم ذلك لأن لهم أن يجيزوا الثلث لهما فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منهما نصفه ثم إذا رجعوا فيما لوارث لم يزد الأجنبي على ما كان له في حالة الإجازة لوارث وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للأجنبي لأنه إنما ينقص منه بزيادة الوارث فإذا زالت الزيادة وجب توفير الثلث لأنه قد أوصى له به ، ولو خلف ابني ووصى لهما بثلثي ماله ولأجنبي بالثلث فردا الوصية فقال أبو الخطاب عندي للأجنبي الثلث كاملا وعند القاضي له الثلسم ويجزي فيه من الفروع مثل ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) وإن وصى بشئ لوارث وأجنبي وقال إن ردوا وصية الوارث فالثلث كله للأجنبي كأوصى وإن أجازوا لوارث فالثلث بينهما لأن الوصية تتعلق بالشرط ، ولو قال أوصيت لفلان بشئ فإن مات قبلي فهو لفلان صح وإن قال وصيت بشئ لفلان فإن قدم فلان الغائب فهو له صح وإن قدم الغائب قبل موت الموصي صار هو الوصي وبطلت وصية الأول سواء عاد إلى الغيبة أو لم يعد لأنه قد وجد شرط انتقال الوصية إليه فلم ينتقل عنه بعد ذلك ، وإن مات الموصي قبل قدوم الغائب فالوصية للحاضر سواء قدم الغائب بعد ذلك أو لم يقدم

قال: قال رسول الله ﷺ «يا ابن آدم جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك لا طهرك وأزكبك» وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم» رواهما ابن ماجه ، وقيل الشعبي من أوصى بوصية فلم يجز ولم يحف كان له من الاجر مثل ما لو أعطاه وهو صحيح ، وأما الفقير الذي له ورثة محتاجون فلا يستحب له أن يوصي لأن الله تعالى قال في الوصية إن ترك خيرا وقال النبي ﷺ لسعد «انك إن تدع ورثتك أغنيا» خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وقال أبدأ بنفسك ثم بمن تعول وقال علي رضي الله عنه لرجل أراد أن يوصي انك لم تدع طئلا وإنما تركت شيئا يسيرا فدعه لورثتك ، وروي عنه أنه قال في أربع مائة دينار ليس فيها فضل عن الوارث وروي عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا قال لها لي ثلاثة آلاف درهم وأربعة أولاد فأوصي؟ فقالت اجعل الثلاثة للأربعة وعن ابن عباس قال من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصية وقال عروة دخل علي صديق له بعوده فقال الرجل أي أريد أن أوصي فقال له علي إن الله تعالى يقول إن ترك خيرا وانك إنما تدع شيئا يسيرا فدعه لورثتك ، واختلف أهل العلم في القدر الذي

ذكره القاضي لأن الرصية ثبتت لوجود شرطها فلم تقل عنه كما لو لم يقدم ، ويحتمل أن الغائب أن قدم بعد الموت كانت الوصية له لأنه جعلها له بشرط قدومه وقد وجد ذلك

(فصل) وإن وصى لوارث فأجاز بعض باقي الورثة الوصية دون البعض نفذ في نصيب من أجاز دون من لم يجز ، وإن أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجزوا ، فإن أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردها فهو على ما فعلوا من ذلك ، فلو خلف ثلاثة بنين وعبد لا يملك غيره فوصى به لأحدهم أو وهبه إياه في مرض موته وأجازه له أخواه فهو له ، وإن أجاز له أحدهما وحده فله ثلثا ، وإن أجاز له نصف العبد فله نصفه ولهما نصفه وإن أجاز أحدهما له نصف نصيبه ورد الآخر فله النصف كاملا ؛ لأن نصيبه والهدس من نصيب المجيز ، وإن أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه كل له اثنتان وإن أجاز له أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلاثة أرباع نصيبه كل له ثلاثة أرباع العبد ، وإن وصى بالعبد لاثنتين منهما فللثالث أن يجيز لهما أو يرد عليهما ، أو يجيز لهما بعض وصيتهما إن شاء متساويا وإن شاء متفاضلا أو يرد على أحدهما ويجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لأحدهما جميع وصيته وللآخر بعضها فكل ذلك جائز لأن الحق له فكيفما شاء فعل فيه

(مسئلة) قال (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصي جاز وإن لم يجزوا رد إلى الثلث)

لأنه يستحب الوصية للمالك فروي عن أحمد إذا ترك دون ألف لا تستحب له الوصية وعن علي أربعة دنانير وعن ابن عباس إذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصي وقال من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً وقال طاووس الخير ثمانون ديناراً ، وقال المنجي ألف إلى خمسمائة وقال أبو حنيفة القليل أن يصيب أقل الورثة سهماً خمسون درهماً ، قال شيخنا والذي يقوى عندي أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لم تستحب الوصية لأن النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله «أنك إن ترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة ، ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي فتم لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم إياه فيكون أفضل من الوصية به لغيرهم . فعلى هذا تختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم وغنائهم وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال وقد قال الشعبي ما من مال أعظم أجراً من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس

(فصل) والاولى أن لا يتوعد الثلث بالوصية وإن كان غنيا لقول النبي ﷺ «والثلث كثير» قال ابن عباس لو أن الناس تقصوا من الثلث فإن النبي ﷺ قال «الثلث كثير» متفق عليه وقال القاضي وأبو الخطاب إن كان غنيا استحب الوصية بالثلث

وجملة ذلك ان الوصية لغير الوارث تلزم في الثالث من غير اجازة وما زاد على الثالث يقف على اجازتهم فان اجازوه جازوا وان ردوه بطل في قول جميع العلماء ، والاصل في ذلك قول النبي ﷺ لسعد بن عبيد قال اوصني بمالي كله؟ قال «لا» قال فبالثلثين؟ قال لا قال فبالنصف؟ قال لا قال فبالثلث قال «الثلث والثلث كثير» وقوله عليه السلام «ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند مماتكم» يدل على انه لا شيء له في الزائد عليه وحديث عمران بن حصين في المملوكين الذين اعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم ندعاهم النبي ﷺ فجزأهم ثلاثة اجزاء واقربع بينهم فاعتق اثنين واربع اربعة وقال له قولا شديداً يدل ابيضا على انه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث اذا لم يجر الورثة ويجوز باجازتهم لان الحق لهم والقول في بطلان الوصية بزائد عن الثلث كالفول في الوصية للوارث على ما ذكرنا ، وهل اجازتهم تنفيذاً وعطية مبتدأة؟ فيه اختلاف ذكرناه في الوصية للوارث، والخلاف فيه مبني على ان الوصية به او العطية له في مرض الموت المحوف صحيحة موقوفة على الاجازة او باطلة فظاهر المذهب انها صحيحة وان الاجازة تنفيذ مجرد يكفي فيه قول المجيز اجزت ذلك او انفذته او نحوه من الكلام ولا ينتقل الى شروط الهبة وينتفع عن هذا الخلاف انه لو اعتق عبداً لا مال له سواه في مرضه او وصى باعتاقه فاعتقه بوصيته فقد نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقيه على اجازة الورثة فان اجازوه عتق جميعه واخص عصبات الميت بولائه كله اذا قلنا بصحة اعتاقه ووصيته ، وان قلنا هي باطلة والاجازة عطية مبتدأة اخص عصبات الميت بثلث ولائه وكان ثلثه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لانهم باشره بالاعتاق وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ثم اعتق او وصى بالاعتاق فالحكم فيه على ما ذكرناه ، ولو اوصى لابن وارثاً

ولنا أن النبي ﷺ قال لسعد «والثلث كثير» مع اخباره اياه بكثرة ماله وقلة عياله فانه قال في الحديث: إن لي مالا كثيراً ولا يرثني الا ابنتي . وروى سعيد ثنا خالد بن عبد الله ثنا عطاء بن الاثيب عن أبي عبد الرحمن السلمي عن سعد بن مالك قال مرضت مرضاً فعاذني رسول الله ﷺ فقال لي «أوصيت؟» فقلت نعم أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله فقال لي رسول الله ﷺ «أوص بالعشر» فقلت يا رسول الله مالي كثير وورثتي أغنياء فلم يزل رسول الله ﷺ يناقصني وأناقصه حتى قال «أوص بالثلث والثلث كثير» قال أبو عبد الرحمن لم يكن منا من يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئاً لقول رسول الله ﷺ «الثلث والثلث كثير» اذا ثبت هذا فالأفضل للمغني الوصية بالخمس روى نحو هذا عن أبي بكر الصديق وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وهو ظاهر قول السلف وعلما أهل البصرة ، ويرى عن عمر رضي الله عنه أنه جاءه شيخ فقال يا أمير المؤمنين أنا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني اعراب موالي كلاله من زوج بينهم أأوصي بمالي كله؟ قال لا فلم يزل يحطه حتى بلغ العشر وقال اسحق السنه الرهم الا أن يكون الرجل يعرف في ماله حرمة شبهات أو غيرها فله استيعاب الثلث

بعد تبرعه بثلاث ماله او اعطاه عطية في مرضه فاجاز ابوه وصيته وعطيته ثم اراد الرجوع فيما اجازته فله ذلك ان قلنا هي عطية مبتدأة وليس له ذلك على القول بانها اجازة مجردة، ولو تزوج رجل ابنة عمه فأوصت له بوصية او عطية في مرض موتها ثم ماتت وخلفته واباه فاجاز ابوه وصيته وعطيته فالحكم فيه على ما ذكرناه، ولو وقف في مرضه على ورثته فاجازوا وقف صح ان قلنا اجازتهم تنفذ ولم يصح ان قلنا هي عطية مبتدأة ولا لهم يكونون واقفين على انفسهم، ولا فرق في الوصية بين المرض والصحة وقد روى حنبل عن احمد انه قال ان اوصى في المرض فهو من الثلث وان كان صحيحا فله ان يوصي بما شاء يعني به العطية قاله القاضي اما الوصية فانها عطية بعد الموت فلا يجوز منها الا الثلث على كل حال (فصل) ولا يعتبر الرد والاجازة الا بعد موت الموصي فلو اجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو اذنوا لموروثهم في حياته بالوصية بجميع المال او بالوصية لبعض ورثته ثم بدلهم فردوا بعد وفاته فلهم الرد سواء كانت الاجازة في صحة الموصي او مرضه نص عليه احمد في رواية ابي طالب وروى ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن بن صالح والشافعي وابي ثور وابن المنذر وابي حنيفة واصحابه، وقال الحسن وعطاء وحماد بن ابي سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهري وربيعة والارزاعي وابن ابي ليلى ذلك جائز عليهم لان الحق للارثة فاذا رضوا بتركه سقط حقهم كما لو رضي المشركي بالغيب وقال مالك ان اذنوا له في صحته فله ان يرجعوا وان كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فذلك جائز عليهم ولنا انهم اسقطوا حقوقهم فيسالم بملكه فلم يلزمهم كالمرأة اذا اسقطت صداقها قبل النكاح او

ولنا ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه اوصى بالخنس وقال رضيت بما رضي الله به لنفسه يريد قوله تعالى (واءملوا انما غنمتم من شيء فان الله خمس) وروى ان ابا بكر وعلي رضي الله عنهما اوصيا بالخنس، وعن علي رضي الله عنه انه قال لأن اوصي بالخنس أحب إلي من أن اوصي بالربع وعن ابراهيم قال كانوا يقولون صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث وصاحب الخنس أفضل من صاحب الربع وعن الشعبي قال كان الخنس أحب اليهم من الثلث فهو منتهى الجامع، وعن العلاء بن زياد قل اوصى ابي أن أسأل العلماء أي الرصبة أعدل فما تابعوا عليه فهو وصية فتابعوا على الخنس .

(فصل) والافضل أن يحمل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء في قول عامة أهل العلم قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك إذا كانوا ذوي حاجة وذلك لان الله تعالى كتب الوصية للأقارب والاقربين فخرج منه ما وارثون بقول النبي ﷺ « لا وصية لوارث » وبقي سائر الأقارب على الوصية لهم وأقل ذلك الاستحباب، وقد قال الله تعالى (وآت ذا القربى حقه) وقال تعالى (وآت المال على حبه ذوي القربى) فبدأ بهم ولان الصدقة عليهم في الحياة أفضل فكذلك بعد

استطاع الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ولاهما حالة لا يصح فيها رد الوصية فلم يصح فيها إجازتهم كما قبل الوصية

(فصل) وإذا وصى بأكثر من الثلث فأجاز الوارث الوصية وقال إنما اجزئها قلنا إن المال قليل فبان كثيرا فإن كانت الوصية بينة تشهد باعترافه بمعرفة قدر المال أو كان المال ظاهرا لا يخفى عليه لم يقبل قوله إلا على قول من قال الإجازة هبة مبتدأة فلا الرجوع فيها يجوز الرجوع في الهبة في مثله وإن لم تشهد بينة باعترافه بذلك فالقول قوله مع يمينه لأن الإجازة تنزل منزلة الإبراء فلا يصح في المجهول والقرل قوله في المجهول به مع يمينه لأن الأصل عدم العلم ويحتمل أن لا يقبل قوله لأنه أجاز عقدا له الخيار في فسخه فبطل خياره كالأول إجاز البيع من له الخيار في فسخه بجيب أو خيار وإن وصى بيمين كعبد أو فرس يزيد على الثلث فأجاز الوصية بها ثم قال قلنا المال كثيرا يخرج الوصية من ثلثه فإن قليلا أو ظاهر عليه دين لم اعله لم تبطل الوصية لأن العبد معلوم لأجهالة فيه ويحتمل أن يملك الفسخ لأنه قد يسح بذلك قلنا منه أنه يبقى له من المالك ما يكفيه فإذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الإجازة فلا الرجوع كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا تصح الإجازة إلا من جائز التصرف، فأما العبي والمجنون والمجور عليه لسفه فلا تصح الإجازة منهم لأنها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالهبة، وأما المجور عليه لفلس فإن قلنا الإجازة هبة لم تصح منه لأنه ليس له هبة ماله وإن قلنا هي تنفيذ صحت

الموت فإن أوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته في قول أكثر أهل العلم منهم سالم وسليمان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي والشافعي وإسحاق وحكي عن طاوس والضحاك وعبد الملك بن يلى أنهم قالوا ينزع عنهم ويرد إلى قرابته، وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد للذي أوصى له ثلث الثلث والباقي يرد إلى قرابة الموصي لأنه لو أوصى بماله كله لجاز منه الثلث والباقي يرد على الورثة وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله.

ولنا ما روى عمران بن حصين أن رجلا أعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أفرع بينهم فاعتق اثنين وارق أربعة فأجاز العتق في ثلثه لغير أقاربه ولاها عطية تجاوزت لغير أقاربه كالعطية في الحياة

(مسئلة) (فأما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله وعنه لا يجوز إلا الثلث)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن لم يخلف من ورائه عصبه ولاذا فرض فروي عنه أن وصيته بجائزة بكل ماله ثبت ذلك عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني ومسروق وإسحاق وأهل العراق والرواية الأخرى لا يجوز إلا الثلث وبه قال مالك والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي والبخاري

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية له ثابتة لان اعتبار الوصية بالموت)

لأنه خلافاً بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت فلو أوصى لثلاثة أخوة له متفرقين ولا ولد له ومات قبل أن يولد له ولد لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب إلا بالأجازة من الورثة ، وإن ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعاً من غير إجازة إذا لم تتجاوز الوصية الثلث ، وإن ولدت له بنت جازت الوصية لأخيه من أبيه وأخيه من أمه فيكون لها ثلثا الموصى به بينهما نصفين ولا يجوز للأخ من الأبوين لانه وارث وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وغيرهم ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لأخيه من أبيه ولا لأخيه من أمه وجازت لأخيه من أبيه ، فإن مات الأخ من الأبوين قبل موته لم تجز الوصية للأخ من الأب أيضاً لانه صار وارثاً

(فصل) ولو أوصى لامرأة أجنبية أو وصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتهما إلا بالأجازة من الورثة وإن أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لانه صار غير وارث إلا أنه أن طلقها في مرض موته فقياس المذهب أنها لا تعلق أكثر من ميراثها لانه يتيم في انه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية فلم ينفذها ذلك كما لو طلقها في مرض موته أو وصى لها بأكثر مما كانت ترث (فصل) وإن أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف نعلمه ، وإن

لان له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من الثلث كما لو ترك وارثاً ولان المسلمين يرثونه وهو بيت المال .

ولنا ان المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة به بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس» وههنا لا وراث له يتعلق حقه بماله فأشبه حال الصحة ولانه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم أشبه حال الصحة والثلث

(فصل) وان خلف ذا فرض لا يرث جميع المال كبت أو أم لم تكن له الوصية بأكثر من الثلث لان سعداً قال للنبي صلى الله عليه وسلم لا يرثني إلا ابنة فتمنع النبي صلى الله عليه وسلم من الزيادة على الثلث ، ولانها تستحق جميع المال بالفرض والرد فأشبه العصبه وان كان للميت زوج أو كان للرجل امرأة فكذلك لان الوصية تنقص حقه لانه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقيل تبطل في قدر فرضه من الثلثين فإذا كان للميت زوج فله الثلث وإن كان للميت امرأة فلها السدس وهو ربع الباقي بعد الثلث والباقي للموصى له وهذا أولى إن شاء الله تعالى لان الثلث ليس للوارث فيه أمر إنما إجازته وردة في الثلثين ولم ينقص عليه منهما شيء فأما ذوي

اعنتها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه فنقل المروذي عن احمد أنه اتفق وترث وهذا اختيار أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لأنها امرأة نكاحها صحيح ولم يوجد في حقها مانع من موانع الارث وهي الرق والقتل واختلاف الدين فنزلت كما لو كان أعنتها في صحتها ، وقال "شأنني تعق ولا ترث لأنها لو ورثت لكان اعتاقها وصية لو ارث فيؤدي توريتها الى اسقاط توريتها لان ذلك يقتضي ابطال عتقها فيبطل نكاحها ثم يبطل ارثها فكان ابطال الارث وحده وتصحيح العتق والنكاح أولى (فصل) وإن أعنتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنكاح صحيح في الظاهر ، فإن مات ولم يملك شيئاً آخر تبين أن نكاحها باطل وبسقط مهرها إن كان لم يدخل بها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثها فإن كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعا ويرق أربعة أسباعا ، وحساب ذلك أن تقول عتق منها شي . ولها بصداقها نصف شي . ولورثة شيان فيجمع ذلك ويكون ثلاثة أشياء . ونصف بنسبتها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولهم أربعة ولا شي . فليت ذواها فنجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعا يكون حراً والباقي لورثة ، وإن أحب الورثة أن يدفعوا اليها حصتها من مهرها وهو سبعة وعتق منها سباعا هو يسترقوا خمسة أسباعا فلهم ذلك وهذاذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة بحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقي ونسعى فيما بقي وهو ثلث قيمتها ، فإن كان يملك الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها ، عتق منها نصفها ورق نصفها لان نصفها هو ثلث المال ، وإن دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعا ولها ثلاثة أسباع مهرها وانما ائتم العتق فيها لأنها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المال بايعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعا . وحسابها أن تقول عتق منها شي . ولها بمهرها نصف شي . ولورثة شيان يعدل ذلك الجارية

الارحام فظاهر كلام الحرقى أنه لا يمنع الوصية بجميع المال لانه قال ومن أوصى بجميع ماله ولا عصبه له ولا مولى فجاز ذلك لان ذا الرحم لورثته كالفضلة والصلة ولذلك لا يصرف اليه شيء إلا عند عدم الرد والمولى ، ولا تجب نفقتهم في الصحيح ويحتمل كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه لا تنفذ وصيته فيما زاد على الثلث لان له وارثاً فيدخل في معنى قوله عليه السلام «إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم حالة يتكففون الناس» ولأنهم ورثة يستحقون ماله بعد موته فأشبهوا ذوي الفروض والعصباء وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسئلتنا كذوي الفروض الذين يحجب بعضهم بعضاً (فصل) فإن خالف ذا فرض لا يرث المال كله بفرضه أو قال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها لا ينقص ذا الفرض شيئاً من فرضه أو خالف امرأة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسئلة الاولى لان ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين أن يجعلها من رأس المال أو يجعلها من الزائد على الفرض ، فأما المسئلة الثانية فتنبني على الوصية بجميع المال فإن قلنا تصح ثم صحت ههنا لان الباقي عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو لم تكن زوجة وإن قلنا لا تصح ثم فهنا مثله لان بيت المال جعل كالوارث فصار كأنه ذو ورثة يسترقون

ونصف قيمتها فالشيء سبعاها وسبعا نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباع فهو الذي عتق منها وتأخذ نصف ذلك من المال بمهرها وهو ثلاثة أسباع . فان كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثاها ورق ثلثها وبطل نكاحها ، وان كان دخل بها عتق أربعة أسباعا ولها أربعة أسباع مهرها ويبقى للورثة ثلاثة أسباعا وخمسة أسباع قيمتها وذلك يعدل مثلي ما عتق منها . وحسابها أن نجعل السبعة الاشياء معادلة لها ولقيمتها فيعتق منها بقدر سبعي الجميع وهو أربعة أسباعا وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها ، وان كان يملك معها مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لانها تخرج من الثلث ان أسقطت مهرها ، وان أبت أن تسقطه لم ينفذ عتقها ويبطل نكاحها فان كان لم يدخل بها فينبغي أن يقضى بعقدها ونكاحها ولا مهر لها لان الإجابة يفضي إلى إسقاطه وإسقاط عتقها ونكاحها فإسقاطه وحده أولى ، وان كان قد دخل بها عملنا فيها على ما تقدم فيعتق ستة أسباعا ولها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سبعا ونكاحها ، ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها في هذه المواضع كالمزوجة وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي في مثل هذه المسئلة التي قبل الأخيرة ما يقتضي صحة عتقها ونكاحها مع وجوب مهرها فانه قال فيمن أعتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لأمال له سواهما وهما مهر مثلها يصح العتق والصداق والنكاح لان المائتين صدق مثلها وتزوج المريض بمهر المثل صحيح نافذ . وهذا غير جيد فان ذلك يفضي إلى نفوذ العتق في المرض من جميع المال ولا أعلم به قائلا ولو أنه أنفق المائتين أو أصدقها لامرأة أجنبية ومات ولم يخلف شيئا لبطل عتق ثلثي الامة فاذا أخذتهما هي كان أولى في بطلانه والصحيح ما ذكرنا إن شاء الله تعالى ، وقال ابو حنيفة فيما اذا ترك مثلي

المال إذا عين الوصية من نصيب العصابة منهم ، فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه .

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لاجنبي ولا لوارثه بشيء إلا بإجازة الورثة)
وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة فان أجازوه جاز وان ردوه بطل في قول أكثر العلماء لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم » يدل على أنه لا شيء له في الزائد عليه وحديث عمران ابن حصين في المملوكين الستة الذين أعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم . فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرث أربعة وقال له قولا شديدا يدل على أنه لا يصح تصرفه فيما زاد على الثلث إذا لم تجز الورثة وتجاوز إجازتهم لان الحق لهم وقد قيل ان الوصية بما زاد على الثلث باطلة كما يذكر فيها اذا أوصى للوارث ، وحكم الوصية للوارث كالحكم في الوصية لغيره بالزيادة على الثلث في أنها تبطل بالرد بغير خلاف بين العلماء ، قال ابن المنذر وابن عبد البر أجمع أهل العلم على هذا

قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطى مهرها وثالث الباقي بحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثا فيعتق ذلك وتسمى في سدسها الباقي ويبتل نكاحها فاما ان خلف أربعة أمثل قيمتها صح عتقها ونكاحها وصادقها في قول الجميع لان ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقي في قول أصحابنا وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي لا ترث وهو مقتضى قول الحرقى لأنها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث واعتبار الوصية بالوالت

(فصل) ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة ونزوها بعشرة في ذمته ثم ماتت وخلفت مائة اقضى قول أصحابنا أن تضم العشرة التي في ذمته الى المائة فيكون ذلك هو التركة ويرث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون وهذا مذهب أبي حنيفة وقول صاحباه تحسب عليه قيمته أيضاً وتضم الى التركة يبقى للورثة ستون ، وقال الشافعي لا يرث شيئا وعليه أداء العشرة التي في ذمته لئلا يكون اعتاقه وصية لوارث وهذا مقتضى قول الحرقى ان شاء الله تعالى

(فصل) ولو تزوج المريض امرأة صدق مئلاً خمسة فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ثم ماتت وورثته بطلت المحاباة لأنها وصية لوارث ولها صداقها وربع الباقي بالميراث فان مات قبله صحته المحاباة ويدخلها الدور فيقول لها مهرها وهو خمسة وشيء بالمحاباة يبقى للورثة الزوج خمسة الاشياء ثم رجع اليهم نصف ماؤها وهو ديناران ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف الانصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يدين أن الشيء ثلاثة فيكون لورثتها أربعة ولورثته ستة وان خلفت مع ذلك دينارين عادالى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف شيء فصار له ثمانية ونصف الانصف شيء أجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة وخمسين فصار لورثته ستة وأربعة أخماس ولورثتها خمسة وخمسين

وجاءت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فروى أبو أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي ولان النبي صلى الله عليه وسلم منع من تفضيل بعض ولده على بعض في حال الصحة مع إمكان تلافي العدل بينهم بإعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ففي حال موته وتعلق الحقوق به وتعذر تلافي العدل بينهم أولى وأحرى فان أجازها باقي الورثة جازت في قول الجمهور من أهل العلم وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة وان أجازها الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأه أخذاً من ظاهر قول أحمد رحمه الله في رواية حنبل لا وصية لوارث وهذا قول المزني وأهل الظاهر وقول للشافعي واحتجوا بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا وصية لوارث» وظاهر مذهب أحمد والشافعي ان الوصية صحيحة في نفسها لانه تصرف صدر من اهله في محله فصح كما لو وصى لاجنبي والخبر قد روي فيه «إلا أن يحيز الورثة» والاستثناء من النفي اثبات فيكون ذلك دليلاً (الجزء السادس)

(فصل) وإذا أوصى بمجارية لزوجها الحر قبلها انفسخ النكاح لان النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين وظاهر المذهب أن الموصي لو انما يملك بالقبول فينقض انفسخ النكاح ، وفيه وجه آخر أنه اذا قبل تبينا أن الملك كان ثابتاً من حين موت الموصي فتبين حينئذ أن النكاح انفسخ من حين موت الموصي ، وان أتت برلد لم تحل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن تكون حاملاً به حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لائل من ستة أشهر منذ أوصى . فالصحيح أنه يكون موصى له معها لان الحمل حكماً ، ولهذا تصح الوصية به ، واذا صحت الوصية به منفرداً صحت الوصية به مع امه فيصير كالموكلان منفصلاً فأوصى بهما جميعاً وفيه وجه آخر لاحكم للحمل فلا يدخل في الوصية وانما ثبت له الحكم عند انفصاله كأنه حدث حينئذ فعلى هذا ان انفصل في حياة الموصي فهو له كسائر كسبها ، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو لورثة على ظاهر المذهب وإن انفصل بعده فهو للموصى له

(الحال الثاني) أن تحمل به بعد الوصية في حياة الموصي ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة أشهر من حين أوصى لانها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل انها حملة بعدها فلم يتناولها والاصل عدم الحمل حال الوصية فلا يثبت بالشك فيكون مملوكاً للموصي ان ولدته في حياته وان ولدته بعده وقتلنا للحمل حكم فكذلك وإن قلنا لاحكم له فهو لورثة إن ولدته قبل القبول ولا يثبت إن وضعته بعده وكل موضع كان الرلد للموصى له فانه يعتق عليه لانه ابنه وعليه ولاء لايه لانه عتق عليه بالقرابة وأمه أمة ينفسخ بكاحها بالملك ولا نصير أم رلد لانها لم تعاق منه بحر في ملكه

على صحة الوصية عند الاجازة ولو خلا من الاستثناء جاز أن يكون معناه لوصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا أو يقدر فيه لا وصية لو ارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة ، وفائدة الخلاف ان الوصية إذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت وان كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) وان أسقط عن وارثه ديناً أو وصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفى عن جناية موجبا المال فهي كالوصية له وان عفى عن القصاص وقتلنا الواجب القصاص عيناً سقط إلى غير بدل وان قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال وان عفى عن حد القذف سقط مطلقاً ، وان وصى لغيرهم وارثه صحت الوصية وكذلك ان وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وقال أبو يوسف هي وصية للوارث لان الوارث ينتفع بهذه الوصية ويستوفي دينه منها

ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان الى وارثه ، وان وصى لولد وارثه صح فان كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجوز فيما بينه وبين الله تعالى قال طائوس في قوله تعالى فمن خاف من موص جناً أو لئماً قال أن يوصي لولد ابنته وهو يريد ابنته رواه سعيد وقال ابن عباس الجنف في الوصية والاضرار فيها من الكبائر

(الحال الثالث) أن تحمل بعد موت الموصي وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة أشهر من حين الموت فإن وضعته قبل القبول أيضاً فهو للوارث في ظاهر المذهب لأن الملك إنما ثبت للموصي له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له وإن وضعته بعد القبول فكذلك لأن الظاهر أن الحمل حكماً فيكون حادثاً عن ملك الوارث وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له على هذا يكون حراً أو لولاء عليه لأنها أم ولد لكونها علمت منه بحر في ملكه فتصير كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما تقدمناه ، وقال أبو حنيفة إذا وضعته بعد موت الموصي دخل في الوصية بكل حال لأنها تستقر بالموت وتلزم فوجب أن تسري إلى الولد كالأستبلاذ

ولنا أنها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب وإذا أوصى بعق جارية فولدت ، وتفرق الاستبلاذ لأن له تغليباً وسراية وهذا التزويج فيما إذا خرجت الجارية من الثلث وإن لم تخرج من الثلث ملك ، منها بقدر الثلث وانفسخ النكاح لأن ملك بعضها يفسخ النكاح كملك جميعها وكل موضع يكون الولد فيه لابنه فإنه يكون له منه ههنا بقدر ممالك من أمه ويسري العتق إلى باقيه إن كان موسراً وإن كان معسراً فقد عتق منه ممالك وحده وكل موضع قلنا نكون أم ولد فإنها تصير أم ولد ههنا سواء كان موسراً أو معسراً على قول الحنفي كما إذا استولد الأمة المشتركة ، قال القاضي تصير منها أم ولد بقدر ممالك منها وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (فإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية)

هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحماد بن أبي سليمان

﴿مسئلة﴾ (فإن وصى لكل وارث بمعين قدر نصيبه كرجل خلف ابناً وبناتاً وعبداً قيمته مائة وأمة قيمتها خمسون فوصى للابن بالعبد والبنات بالأمة صححت الوصية في أحد الوجهين) لأن حق الوارث في القدر لا في العين بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً بجميع ماله فإنه يصح إذا كان ضمن المثل وإن تضمن فوات عين المال (والثاني) يقف على إجازة الورثة لأن في الاعيان غرضاً صحيحاً فكما لا يجوز إبطال حق الوارث من قدر حقه لا يجوز من عينه

﴿مسئلة﴾ (وإن لم يقف الثلث بالوصايا تحاصوا فيه وأدخل النقص على كل واحد بقدر وصيته

وعنه يقدم العتق)

إذا خلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث فرد الورثة الزيادة فإن الثلث يقسم بين الموصي لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية كسائل العول إذا زادت افروض عن المال فلو وصي لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بمعين قيمته خمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلها فبلغت ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فكان

وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الحسن تكون لولد الموصى له ، وقال عطاء اذا علم الموصى بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئا فهو لوارث الموصى له لان مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصى وقبل القبول

ولنا أنها عطية صادقت المعطي ميتا فلم تصح كما لو وهب ميتا وذلك لان الوصية عطية بعد الموت واذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضا ، وإن سلمنا صحتها فإن العطية صادقت حيا بخلاف ما سلمنا (فصل) ولا تصح الوصية لميت وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك إن علم أنه ميت فهي جائزة وهي لورثته بعد قضا ديونه وتنفيذ وصاياه لان الغرض نفعه بها وبهذا يحصل له النفع فأشبهه مالهو كان حيا

ولنا أنه أوصى لمن لا تصح الوصية له اذا لم يعلم حاله فلم تصح اذا علم حاله كالبيمة وفارق المحي فان الوصية تصح له في الحيايين ، ولانه عقد يفتر إلى القبول فلم يصح للميت كالميت . اذا ثبت هذا فاذا أوصى بثلثه أو بمائة لائين حي وميت فلاحي نصف الوصية سواء علم موت الميت أو جهله وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه والبربريين . وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد اذا قل هذه المائة لفلان وفلان فهي للحيين ، وإن قال بين فلان وفلان فراقنا الثوري في أن نصفها للحي وعن الشافعي كالمذهبيين ، وقال أبو الخطاب عندي انه اذا علمه ميتا فالجميع للحي ، وإن لم يعلمه ميتا فالجميع للنصف . وقد نقل عن أحمد ما يدل على هذا القول فانه قال في رواية ابن القاسم اذا أوصى لفلان وفلان بمائة فبان أحدهما ميتا فلاحي خمسون فقبل له أليس اذا قال ثلثي لفلان وللحائط أن الثلث كله لفلان؟ فقال وأي شيء يشبه هذا الحائط له ملك؟ فعلى هذا اذا شرك بين من تصح الوصية له ومن لا تصح مثل أن يوصي

ثلاثها فيعطى كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك صاحب المائة ولصاحب الخمسين سدسها ولقضاء الاسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان وان كان فيها عتق ففيها روايتان (احداها) أن الثلث يقسم بين الوصايا واعتق كما لو لم يكن فيها عتق وهذا قول ابن سيرين والشعبي وأبي ثور لانهم تساوا في سبب الاستحقاق فتساوا فيه كمائر الوصايا (والرواية الثانية) يقدم العتق وما فضل منه يقسم بين سائر الوصايا على قدر وصاياهم روي ذلك عن عمر وبه قال شريح ومسروق وعطاء الخراساني وقتادة والزهري ومالك والثوري وأصحابنا لان فيه حقا لله وللأدمي فكان آكد ولانه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره . ولانه أقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين

(فصل) والعطايا المعلقة بالموت كقوله اذا مت فاعطوا فلانا كذا أو اعتقوا فلانا ونحوه وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا في مقدمتها ومؤخرها والخلاف في تقديم العتق . لانها تلزم بالموت فتساوي كلها .

لفلان وللمالك وللحائط أوله فلان الميت فالمرضى به كله لمن نصح الوصية له إذا كان عالما بالحال لانه إذا شرك بينهما في هذا الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من نصح الوصية له، وان لم يعلم الحال فلن نصح الوصية له نصفها لانه قصد بإصال نصفها اليه وإلى الآخر النصف الآخر فلان من أن الوصية له صحيحة، فإذا بطلت الوصية في حق أحدهما صححت في حق الآخر بقسطه كتزريق النصفقة، ووجه القول الاول أنه جعل الوصية لاثنين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا ممن نصح الوصية لهما فمات أحدهما، أو كما لو لم يعلم الحال، فأما ان وصى لاثنين حين فمات أحدهما فلا آخر نصف الوصية لانه لم في هذا خلافا، وكذلك لو بطلت الوصية في حق أحدهما لرد لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بنحسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء كان شريكه حيا أو ميتا لانه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيما سواه

(مسئلة) قال (وان رد الموصي له الوصية بعد موت الموصي بطلت الوصية)

لا يخلو إذا رد الوصية من أربعة أحوال (أحدها) أن يردها قبل موت الموصي فلا يصح الرد ههنا لان الوصية لم تقم بعد فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ولانه ليس بمحل لقبول فلا يكون محلا للرد كما قبل الوصية (والثانية) أن يردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لانه لم فيه خلافا لانه أسقط حقه في حال بملك قبوله وأخذ فأسبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع (الثالثة) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فأشبه رده لسائر ملكه الا أن يرضى الورثة

(فصل) إذا أوصى بعتق عبده لزم الوارث اعتاقه ويحيره الحاكم عليه ان أبي لانه حق واجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية وان أعتقه الوارث أو الحاكم فهو حر من حين أعتقه لانه حينئذ عتق وولاؤه للموصي لانه السبب وهؤلاء نواب عنه ولهذا لزمهم إعتاقه فان كانت الوصية بعته الى غير الوارث كان الاعتاق اليه لانه نائب الموصي في اعتاقه فلم يملك ذلك غيره اذا لم يتم كالوكيل في الحياة :

(مسئلة) (وان أجاز الورثة الوصية جازت)

لان الحق لهم وان ردوها بطلت بغير خلاف لان الحق لهم فجاز بإجازتهم وبطل بردهم وإجازتهم تنفيذ في الصحيح من المذاهب لان ظاهر المذهب أن الوصية للوارث وللأجنبي بالزيادة على الثلث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة فعلى هذا تكون إجازتهم تنفيذا وإجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت أو نفذت فإذا قال ذلك لزم الوصية ولا خلاف في تسميتها إجازة فعلى هذا لا تقتصر الى شروط الهبة ولا تثبت فيها احكام الهبة لأنها ليست هبة وقال بعض أصحابنا الوصية باطلة فعلى هذا تكون هبة تقتصر الى شروط الهبة وتثبت فيها أحكامها فلو كان المجيز أبا للمجازز لم يكن له الرجوع

بذلك فتكون هبة منا لم تفتقر الى شروط الهبة (الرابعة) أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فان كان الموصى به مكايلاً أو موزوناً صح الرد لانه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضة فأشبه رده قبل القبول وإن كان غير ذلك لم يصح الرد لان ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض ، وبمحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه ولاصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان (أحدهما) يصح الرد في الجميع ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وهذا المنصوص عن انشافعي لانهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولان ملك الوصي لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لا يصح الرد لان الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

(فصل) وكل موضع صح الرد فيه فان الوصية تبطل بالرد وترجع الى التركة فتكون للوراث جميعهم لان الاصل ثبوت الحكم لهم وانما خرج بالوصية فاذا بطلت الوصية رجع الى ما كان عليه كان الوصية لم توجد ولو عين بالرد واحدا وقصد تخصيصه بالمرءود لم يكن له ذلك وكان لجميع لان رده امتناع من ملكه فيبقى على ما كان عليه ولانه لم يملك دفعه الى أجنبي فلم يملك دفعه الى وارث يخصه به وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فله أن يختص به واحداً من الورثة لانه ابتداء هبة ويملك أن يدفعه الى أجنبي فملك دفعه الى وارث فلو قال رددت هذه الوصية لفلان قبل له ما أردت بقولك لفلان؟ فان أردت تمامه إياها وتخصيصه بها قبلها اختص بها وان قال أردت ردها الى جميعهم ليرضي فلان عادت الى جميعهم إذا قبلوها فان قبلها بعضهم دون بعض فلن قبل حصته منها .

(فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله لا أقبلها وما أدى هذا المعنى قال أحمد إذا قال

فيه اذا قلنا إنها إجازة مجردة وان قلنا هي هبة مبتدأة فله الرجوع ولو أعتق عبداً لا مال له سواء في مرضه أو وصى بعتقه فأعتقوه بوصيته نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقيه على إجازة الورثة فان أجازوه عتق جميعه واختص عصابات الميت بولائه كله على قولنا بصحة اعتاقه ووصيته . وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ثم أعتق أو وصى بالاعتاق فالحكم فيه على ما ذكرنا وان قلنا الوصية باطلة والى إجازة عطية مبتدأة اختص عصابات الميت بثلث ولائه وكان ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لانهم باشروه بالاعتاق ولو تزوج رجل ابنة عمه فاوصت له بوصية أو أعطته في مرض موتها ثم ماتت وخافته وآباءه نأجاز أبوه وصيته وعطيته ثم أراد الرجوع فليس له ذلك ان قلنا هي تنفيذ وله الرجوع ان قلنا هي هبة مبتدأة ولو وقف في مرضه على ورثته فأجازوا الوقف صح ان قلنا أجازهم تنفيذ وان قلنا هي عطية مبتدأة انبنى على صحة وقف الانسان على نفسه على ما ذكر من الخلاف فيه

(فصل) ولا فرق في الوصية بين المرض والصحة وقد روى حنبل عن أحمد أنه قال ان وصى في المرض فهو من الثلث وان كان صحيحاً فله أن يوصي بما شاء قال القاضي يريد بذلك العطية أما الوصية فهي عطية بعد الموت فلا يجوز منها الا الثلث على كل حال

أوصيت لرجل بألف فقال لأقبلها فهي لورثته يعني لورثة الموصي

﴿مسئلة﴾ قال (فإن مات قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه في ذلك مقامه إذا كان

موته بعد موت الموصي)

اختلف أصحابنا فيما إذا مات الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فذهب الحنفي إلى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد لأنه حق ثبت بالمرور ثبت لا وارث بعد موته لقوله عليه السلام «من ترك حقه فلورثته» وكذا خيار الرد بالعيب وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن الوصية تبطل لأنه عقد يفترق إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالمدة قال القاضي هو قياس المذهب لأنه خيار لا يعتاض عنه فبطل بالموت كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة، وقال أصحاب الرأي تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول لأن الوصية قد تلزم من جهة الموصي وإنما الخيار الموصى له وإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له فمات قبل انقضائه .

ولنا على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم تبطل بموت من الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما، ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل بموت الآخر كالذي ذكرنا، ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويبطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيار لأنه لم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي

﴿مسئلة﴾ (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فصار عند الموت غير وارث صحت الوصية، وإن

أوصى له وهو غير وارث فصار عند الموت وارثاً بطلت لأن اعتبار الوصية بالموت)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت، فلو وصى لثلاثة أخوة له مفترقين ولا ولد له ومات ولم يولد لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب إلا بإجازة الورثة، وإن ولد له ابن صحت الوصية للجميع من غير إجازة إذا لم تتجاوز الثلث، وإن ولد له بنت جازت الوصية لغير الأخ من الأبوين فيكون لها ثلثا الموصى به بينهما، ولا يجوز للأخ من الأبوين لأنه وارث، وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي، ولا نعلم عن غيرهم خلاف ذلك ولو وصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لأخيه من أبويه ولا لأخيه من أمه وجازت لأخيه من أبيه، وإن مات الأخ من الأبوين قبل موته لم تجز الوصية للأخ من الأب أيضاً لأنه صار وارثاً

(فصل) ولو وصى لامرأة أجنبية وأوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتها إلا بإجازة الورثة وإن أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لأنه صار غير وارث إلا أنه إن طلقها في مرض موته

وانما على إبطال قولهم انه عقد ينتقل الى قبول الممتلك فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة . إذا ثبت هذا فإن الوارث يقوم مقام الموصي له في القبول والرد لان كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه . فعلى هذا إن رد الوارث الوصية بطلت وإن قبلها صححت وثبت الملك بها وإن كان الوارث جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم ، فإن رد بعضهم وقبل بعض ثبت للقبول حصته وبطلت الوصية في حق من رد . فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام وابه مقامه في القبول والرد وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه فإن فعل غيره لم يصح فإذا كان الحظ في قبولها فردها لم يصح رده وكان له قبولها بعد ذلك ، وإن كان الحظ في ردّها قبلها لم يصح قبوله لان المولى لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ماله الحظ فيه ، فلو أوصى لصبي بذي رحم له يعتق بملكه له وكان على الصبي ضرر في ذلك بأن تلزمه نفقة الموصي به لكونه فقيراً لا كسب له والمولى عليه موصر لم يكن له قبول الوصية وإن لم يكن عليه ضرر لكون الموصي به ذا كسب أو كون المولى عليه فقيراً لا تلزمه نفقته نعمين قبول الوصية لان في ذلك نفعا للمولى عليه لاعتق قرابته وتحريره من غير ضرر يعود عليه نعمين ذلك والله أعلم

(فصل) ولا يملك الموصي له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء . إذا كانت لمعين يمكن القبول منه لأنها تملك ما لمن هو من أهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالهبة والبيع ، قال أحمد : الهبة والوصية واحد ، فأما ان كانت لغیر معين كالفقراء والمساكين ومن لا يملك حصرهم كبنی هاشم وتیم

فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها لانه يتهم أنه طلقها ليوصل اليها ماله بالوصية فلم ينفذها ذلك كما لو طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها

(مسألة) (ولا تصح اجازتهم وردهم الا بعد موت الموصي وما قبل ذلك لا عبرة به)

فلو أجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو اذنوا لموروثهم بالوصية في حياته بجميع المال أو بالوصية لبعض الورثة ثم بداهم فردوا بعد وفاته فلمهم الرد سواء كانت الاجازة في صحة الموصي أو مرضه نص عليه احمد في رواية ابي طالب وروي ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن ابن صالح والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وأبي حنيفة واصحابه وقال الحسن وعطاء وحماة بن ابي سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهرى وربيعة والاوزاعي وابن ابي ليلى ذلك بجائز عليهم لان الحق للورثة فإذا رضوا بركة سقط حقهم كالورثي المشتري بالعيب وقال مالك ان اذنوا له في صحته فلمهم ان يرجعوا وإن كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فكذلك جائز عليهم

ولنا أنهم اسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم كالمراة إذا اصدقت صداقها قبل النكاح أو أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ولأنها حالة لا يصح فيها رد الموصية فلم تصح فيها اجازتهم كما قبل الوصية .

أو على مصلحة كسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول وتزمت بمجرد الموت لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره كالوقوف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصي به مثل أن يوصي بعبد للمقراء وأبوه فقير لم يفتق عليه ولأن المالك لا يثبت للموصي لهم بدليل ما ذكرنا من المسئلة وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله ، أما الآدمي المعين فيثبت له المالك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يجوز ما قام مقامه من الاخذ والفعل الدال على الرضا كقولنا في الهبة والبيع ، ويجوز القبول على الفور والتراخي ولا يكرن الا بعد موت الموصي لانه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده فاذا قبل ثبت المالك له من حين القبول في الصحيح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق وروى عن الشافعي

وذكر أبو الخطاب في المسئلة وجها آخر انه اذا قبل تبينا ان المالك يثبت حين موت الموصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لان ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب كالهبة والبيع ولانه لا يجوز أن يثبت المالك فيه لا وارث لأن الله تعالى قال (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأن الارث بعد الوصية ولا يبقى للميت لانه صار جهاداً لا يملك شيئاً ، وللشافعي قول ثالث غير مشهور : ان الوصية تملك بالموت وبحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا

ولنا انه تملك عين المعين يفتقر الى القبول فلم يسبق المالك القبول كسائر العقود ولأن القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ولأن القبول لا يخلو من ان يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولأن المالك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، فان قيل : فلو قال لامرأه أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر ، قلنا ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق ، وإنما تبين به الرقت الذي يقع فيه الطلاق ، ولو قال : اذا مت فأنت طالق قبله بشهر لم يصح ،

﴿مسئلة﴾ (ومن أجاز الوصية ثم قال انما أجزت لأنني ظننت المال قليلاً فالقول قوله مع يمينه وله الرجوع بما زاد على ما ظنه في أظهر الوجهين الا ان تقوم به بينة)

وجملة ذلك انه إذا وصى بزيادة على الثلث فأجاز الوارث الوصية ثم قال انما أجزتها ظناً ان المال قليل فإن كثيراً فان كانت للموصي له بينة تشهد باعترافه بقدر المال او كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله اذا قلنا الاجازة تنفيذ فان قلنا هي هبة مبتدأة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله وان لم تشهد بينة باعترافه ولم يكن المال ظاهراً فالقول قوله مع يمينه لان الاجازة تنزل منزلة الإبراء فلا تصح في المجهول فالقول قوله في الجهل به مع يمينه لان الاصل عدم العلم فاذا وصى بنصف ماله فأجاز الوارث وكان المال ستة آلاف فقال ظننته ثلاثة آلاف فله الرجوع بخمسة لاننا نرضى باجازة الوصية على أن الزائد على الثلث خمسة فماتت الفأ يرجع بخمسة فيحصل له وصى له الفان وخمسة

وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول فهو كسائلتنا غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف سائلتنا . قولهم : أن الملك لا يثبت للوارث ممنوع ، فإن الملك ينتقل إلى الوارث بحكم الأصل إلا أن يمنع منه مانع ، وقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فلما المراد به وصية مقبولة بذليل أنه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل أن يكون المراد بقوله (فكم الربع من بعد وصية) أي لكم ذلك مستقر فلا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو أكد من الوصية وإن سلمنا أن الملك لا يثبت للوارث فإنه يبقى ملكا لميت كما إذا كان عليه دين وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع فإنه يبقى ملكا فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له ملك في ديونه إذا قبل وفيها إذا نصب شبكة فوق فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجوز أن كان قتل تجهيزه فهذا يبقى على ملكه انعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله إلى الوصي قبل تمام السبب فإن رد الموصى له أو قبل انتقاله حينئذ فإن قلنا بالاول وأنه ينتقل إلى الوارث فإنه يثبت له الملك على وجه لا يفيد إباحة التصرف كثبوته في العين المرهونة فلو باع الموصى به أو رهنه أو اعنته أو تصرف غير ذلك لم ينفذ شي من تصرفاته ولو كان الوارث ابنا للموصى به مثل أن تملك امرأة الذي لها منه ابن فتوصي به لاجنبي فإذا مات انتقل الملك فيه إلى ابنه إلى حين القبول ولا يعتق عليه والله أعلم

وفيه وجه آخر أنه لا يقبل قوله لأنه أجاز عقداً له الخيار في فسخه فبطل خياره كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه بعب أو خيار أو أقر بدين ثم قال غلطت

(مسئلة) (وإن كان الحجاز عيناً أو فرساً يزيد على الثالث فأجاز الوصية بها ثم قال ظننت باقي المال كثيراً تخرج الوصية من ثلثه فإن قليلاً أو ظهر عليه دين لم أعلمه تبطل الوصية) لأن العبد معلوم لأجهالة فيه ، وفيه وجه آخر أنه يملك الفسخ لأنه قد يسمح بذلك ظناً منه أن يبقى له من المال ما يكفيه فإذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الإجازة فملك الرجوع كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا تصح الإجازة إلا من جائز التصرف ولا تصح من الصبي والمجنون والمحجور عليه للسفه لأنها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالمطبة ، فأما المحجور عليه لفاس فتصح منه أن قلنا هي تنفذ وإن قلنا هي هبة لم تصح منه لأنه ليس له هبة ماله

(مسئلة) (ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت فأمرده وقبوله قبل ذلك فلا عبرة به) بشرط ثبوت الملك للموصى له شرطان (أحدهما) القبول إذا كانت لمعين يمكن القبول منه في قول جمهور الفقهاء لأنها تملك مال لمن هو من أهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالهبة واليسم قال أحمد الهبة

(فصل فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين)

(من ذلك) أنه إذا حدث للموصى به نساء منفصل بعد موت الموصي وقبل القبول كالثمرة والتاج والكسب فهو لورثة وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له ولو أوصى بآلة لزوجها فأولدها بعد موت الموصي وقبل القبول فولده رقبى لوارث وعلى الوجه الآخر يكون حر الأصل ولأولاء عليه وأمه أم ولد لأنها علفت منه بحر في ملكه وإن مات الموصى له قبل القبول والرد فلوارثه قبولها فإن قبلها ملك الجارية وولدها وإن كان ممن يعتق الولد عليه عتق ولم يرث من ابنه شيئاً وعلى الوجه الآخر تكون الجارية أم ولد ويرث الولد أباه فإن كان يحجب الوارث القابل حجبه، وقيل أكثر أصحاب الشافعي لا يرث الولد ههنا شيئاً لأن تورثه يتم كون القابل وارثاً فيبطل قبوله فيفضي إلى الدور وإلى إبطال ميراثه فأشبهه ما لو أقر الوارث بمن يحجبه عن الميراث وقد ذكرنا في الإقرار ما يدفع هذا وإن المقربة يرث فكذا ههنا ويعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول كما يعتبر في الإقرار إقرار من هو وارث حال الإقرار والله أعلم

(ومن ذلك) لو أوصى لرجل بآية فمات الموصى له قبل القبول فقبل ابنه صح وعتق عليه الجدة ولم يرث من ابنه شيئاً لأن حرثته إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره وعلى الوجه الآخر ثبتت حرثته من حين موت الموصي ويرث من ابنه السدس، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يرث أيضاً لأنه لو ورث لا اعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحرثته وإذا لم يجوز اعتباره لم يعتق

والوصية واحد فإن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين أو لمن لا يمان حصرهم كبنين أو على مصلحة كمسجد أو حج لم يشتر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فسقط اعتباره كالوقف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقوله ولذلك لو كان منهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصي بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ما ذكرنا من المسئلة وإنما يثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله أما الآدمي المعين فيثبت له الملك فعليه قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يحصل بما قام مقامه من الإخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا في الهبة والبيع ويجوز القبول على الفور والتراخي (الثاني) أن يقبل بعد موت الموصي لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده

﴿مسئلة﴾ (وان مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية) هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحامد بن أبي سليمان وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن تكون لولد الموصى له وقال عطاء إذا علم المريض بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً فهو لوارث الموصى له لأنه مات بعد عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول

فيؤدي توريثه الى إبطال توريثه وهذا فاسد فإنه لو اقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث مع أنه يخرج المقررون به عن كونهم جميع الورثة (ومن ذلك) أنه لو مات الموصى له فقبل وارثه لثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصى لأن جهة موروثه ولم يثبت للموصى له شيء، فحينئذ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه وإن كان فيهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له، وعلى الوجه الآخر يتبين أن الملك كان ثابتاً للموصى له وأنه انتقل منه الى وارثه فتعكس هذه الأحكام فتقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به المذكور من ورثته (ومن ذلك) أن الموصى به لو كان أمة فوطئها الوارث فأرلدها صارت أم ولد له ولدها حر لانه وطئها في ملكه وعليه قيمتها للموصى له إذا قبلها، فإن قبل كيف قضيت بعقبتها هنا وهي لا تعتق باعنائها؟ قلنا الاستيلاء أقوى ولذلك يصح من المجزوء والراهن والاب والشريك المعسر وإن لم ينفذ اتفاقهم، وعلى الوجه الآخر يكون ولده رقيقاً والأمة باقية على الرق، وإن وطئها الموصى له قبل قبولها كان ذلك قبولاً لها وثبت الملك له به لانه لا يجوز إلا في الملك فأقدمه عليه دليل على اختياره الملك فاشبهه ماله ووطئ من له الرجعة الرجعية أو ووطئ من له الخيار في البيع الأمانة المبيعة أو ووطئ من له خيار فسخ النكاح امرأته

(فصل) وتصح الوصية مطابقة ومقيدة فالمطابقة أن يقول إن مت فتأني للمساكين أو لزيد، والمقيدة أن يقول : إن مت من مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فتأني للمساكين فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة . قال

ولنا أنها عطية صادفت المعطى ميتاً فلم تصح كالأموال وهب ميتاً وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضاً وإن سلمنا صحتها فإن العطية صادفت حياً بخلاف مسئلتنا. **مسئلة** (وان ردها بعد موته بطلت أيضاً)

لا يخلو رد الوصية من أربعة أحوال (أحدها) أن يردها قبل موت الموصي فلا يصح الرد لأن الوصية لم تقم بعد أشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ولأنه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلاً للرد كما قبل الوصية (الثاني) أن يردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافاً لانه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذ فاشبهه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع (الثالث) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه فاشبهه رده لسائر ملكه إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم فتقتصر إلى شروط الهبة (الرابع) أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فإن كان الموصى به مكيلاً أو موزوناً صح الرد لانه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه فأشبهه رده قبل القبول وإن كان غير ذلك لم يصح لأن ملكه قد استقر عليه فهو كالقبوض ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه، ولاصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان

أحمد فيمن وصى وصية أن مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك أن قال قولاً ولم يكتب كتاباً فهو كذلك ، وإن كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى أقوم فأنوا قبله ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا ، وإن قال لأحد عبدي أنت حر بعد موتي ، وقال للآخر أنت حر أن مت في مرضي هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التدبير ، وإن برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المفيد وبقي تدبير المطلق بحال ، ولو وصى لرجل بشئ وقال إن مت قبلي فهو لعمر وصحت وصيته على حسب ما شرطه له وكذلك في سائر الشروط فإن النبي ﷺ قال «المسلمون على شروطهم» **مسألة** قال (وإذا أوصى له بسهم من ماله أعطي السدس وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى يعطى سهما مما تصح منه الزبضة)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما أوصى بسهم فروي عنه أن الموصى له السدس وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وإياس بن معاوية والثوري ، والرواية الثانية أنه يعطى سهما مما تصح منه الزبضة فينظر كم سهما صحت منه الزبضة ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له وهذا قول شريح قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم قال القاضي هذا ما لم يزد

(أحدهما) يصح الرد في الجميع فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرها وهو المنصوص عن الشافعي لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولأن ملك الموصى لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لا يصح الرد لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض

(فصل) وكل موضع صح الرد فيه فإن الوصية تبطل بالرد ويرجع الموصى به إلى التركة فيكون الجميع للوارث لأن الأصل ثبوت الحق لهم وإنما خرج بالوصية فإذا بطلت رجع إلى ما كان عليه كان الوصية لم توجد ولو عين بالرد واحداً فقصد تخصيصه بالردود لم يكن له ذلك وكان لجميعهم لأن رده امتناع من تملكه فبقي على ما كان عليه ولأنه لا يملك دفعه إلى أجنبي فإيملك دفعه إلى وارث يخصه به. وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فله أن يخص به بعض الورثة لأنه ابتداء هبة ولأنه يملك دفعه إلى أجنبي فملك دفعه إلى الوارث فلو قال رددت هذه الوصية لفلان قيل له ما أردت بقولك لفلان؟ فإن قال أردت تملكه إياها وتخصيصه بها فقبضها اختص بها وإن قال أردت ردها إلى جميعهم ليرضى فلان عادت إلى الجميع إذا قبلوها فإن قبلها بعضهم دون بعض فمن قبل حصته منها

(فصل) ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله ما أقبليها وما أدي هذا المعنى قال أحمد إذا

على السدس فان زاد السهم على السدس فله السدس لأنه متحقق . وجه ذلك أن قوله سها ينبغي أن ينصرف الى سهام فريضة لأن وصيته منها فينصرف السهم اليها فكان واحداً من سهامها كما لو قال : فريضة كذا وكذا سهما لك منها سهم ، وقال الخلال وصاحبه أقل سها من سهام الورثة لأن أحد قال في رواية أبي طالب والأثرم إذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سها من الفريضة قبل له نصيب رجل أو نصيب امرأة قال أقل ما يكون من السهام قال القاضي ما لم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال صاحباه إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث . وجه هذا القول أن سهام الورثة انصباؤهم فيكون له أقلها لأنه اليقين فان زاد على السدس دفع اليه السدس لأنه أقل سهم يرثه ذوقرابة ، وقال أبو ثور يعطى سها من أربعة وعشرين لأنها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها أقل السهام ، وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ماشاء . ولأن ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبهه ما لو أوصى له بجزء أو حظ ، وقال عطاء وعكرمة لأشيء له .

ولنا ما روى ابن مسعود أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس ولأن السهم في كلام العرب السدس قال إياس بن معاوية السهم في كلام العرب السدس فتصرف الوصية اليه كما لو لفظ به ولأنه قول علي وابن مسعود ولا يخالف لهما في الصحابة ولأن السدس أقل سهم مفروض يرثه ذوقرابة فتصرف الوصية اليه . إذا ثبت هذا فان السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض فان كانت المسئلة كاملة المفروض أعملت به ، وإن كانت عائلة زاد عولها به ، وإن

وصى لرجل بألف فقال لا أقلها فهي لورثة الموصى له

(مسئلة) (وان مات بعده وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه ذكره الحرقى وقال القاضي يبطل على قياس قوله) إذا مات الموصى له بعد موت الموصى وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه في القبول والرد كذلك ذكره الحرقى لأنه حق يثبت للموروث ثبت للوارث بعد موته لقوله عليه الصلاة والسلام « من ترك حقاً فلورثته » وكخيار الرد بالعيب وقال أبو عبد الله بن حامد تبطل الوصية لأنه عقد يفتقر إلى القبول فإذا مات من له القبول قبل القبول بطل العقد كالمذهب قال القاضي هو قياس المذهب لأنه خيار لا يتنازع عنه فبطل كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة ، وقال أصحاب الرأي تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول لأن الوصية قد لزمت من جهة الموصى وإنما الخيار للموصى له فإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له مات بعد انقضائه

ولنا على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم يبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل

كان فيهم رد أو كانوا عصبه أعطي سدساً كاملاً قال أحمد في رواية ابن منصور وحرب إذا أوصى الرجل بسهم من ماله يعطى السدس إلا أن تقول الفريضة فيعطى سهماً مع العول فكان معنى الوصية أوصيت لك بسهم من يرث السدس فلو أوصى له بسهم في مسألة فيها زوج وأخت كان له السهم كما لو كان معها جدة على الروايات الثلاث ، وكذلك لو كان في المسئلة أم وثلاث أخوات متفرقات فإن كان معهم زوج فالمسئلة من تسعة والموصى له العشر على الروايات الثلاث ، وإن كان الورثة ثلاث أخوات متفرقات فالوصى له السدس على الروايات الثلاث وإن كانوا زوجاً وأبوين وابنتين فالمسئلة من خمسة عشرة وتقول بسدس آخر فتصير من سبعة عشر ، وكذلك على قول الخلال لأن أقل سهام الورثة سدس ، وعلى الرواية الأخرى يكون للموصى سهم واحد يزداد على خمسة عشر فتصير ستة عشر وإن كانوا زوجة وأبوين وابناً فالفريضة من أربعة وعشرين وتقول بالسدس الموصى به إلى ثمانية وعشرين وعلى الرواية الثانية يزداد عليها سهم واحد للموصى له فتكون من خمسة وعشرين وعلى قول الخلال يزداد عليها مثل سهم الزوجة فتكون من سبعة وعشرين ، وإن كانوا خمسة بنين فالوصى السدس كاملاً وتصح من ستة على الروايات الثلاث فإن كان معهم زوجة وصحت الفريضة من أربعين فتزبد عليها سهماً للموصى على إحدى الروايات تصير أحداً وأربعين وعلى قول الخلال يزيد مثل نصيب الزوجة فتصير خمسة وأربعين وعلى الرواية الأولى يزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها فنضربها في ستة ثم نزيد عليها سدسها تكن مائتين وثمانين للموصى أربعون وللزوجة ثلاثون ولكل ابن اثنين وأربعون ولو خلف أبوين وابنين وأوصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بينهم جعلت ذاك السهم كالام وأعطيت صاحب السدس سدساً كاملاً وقسمت الباقي بين الورثة والموصى له على سبعة فتصح من اثنين وأربعين

يموت الآخر كالذي ذكرنا ، ويفارق الهبة واليتم قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويبطال بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لأن ثم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسئلتنا قول أصحاب الرأي

ولنا على إبطال قولهم أنه عقد يقتدر إلى قبول المتملك فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة إذ ثبت هذا فإن الوارث يقوم مقام الموصى له في الرد والقبول لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه فإن رد الوارث الوصية بطلت وإن قبلها صححت وإن كان الوارث جماعة اعتبر القبول والرد من جميعهم فإن رد بعضهم وقبل بعض ثبت الملك لمن قبل في حصته وبطلت الوصية في حق من رد فإن كان منهم من ليس له التصرف قام وليه مقامه في ذلك وليس له أن يفضل إلا ما للمولي عليه فيه الحظ فإن فعل غيره لم يصح ، فإذا كان الحظ في قبولها لم يصح الرد وكان له قبولها بعد ذلك وإن كان الحظ في ردها لم يصح قبولها لأن المولى لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ماله الحظ فيه فلو وصى لصبي بذى رحم يعتق بملكه له وكان على الصبي ضرر في ذلك بأن تزومه نفقة الموصى به لكونه فقيراً لا كسب له والمولى عليه مؤسر لم يكن له قبول الوصية وإن لم يكن عليه ضرر لكون

لصاحب السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ، ويحتمل ان يعطى ذو السهم السبع كاملاً كأنه أوصى له من غير وصية أخرى فيكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لانتقاسم فنضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين وأثنين وخمسين

(فصل) وإن أوصى بجزء أو حظ أو نصيب أو شيء من ماله أعطاه الورثة ماشاء ولا أعلم فيه خلافاً وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وغيرهم لأن كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء وكذلك ان قال أعطوا فلاناً من مالي أو أرزقوه لأن ذلك لأحد له في اللغة ولا في شرع فكان على إطلاقه
 ﴿مسألة﴾ قال (وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل مالاً أقلم نصيباً كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وهم ابن وأربع زوجات فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهماً للزوجات الثن وهو أربعة وما بقي فللابن فزد في سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهماً للموصى له سهم ولكل امرأة سهم وما بقي فللابن)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى فإن كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين فله مثل نصيب أحدهم مضافاً على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم ، وإن كانوا يتفاضلون كمسألة الحرقي فله مثل نصيب أقلمهم ميراثاً يزداد على فريضتهم وإن أوصى بنصيب وارث

الموصى به إذا كسب أو لكون المولي عليه فقيراً لا تلزمه نفقته تعين القبول لأن في ذلك نقعاً للمولي عليه لعق قرابته من غير ضرر يعود عليه فتعين ذلك والله أعلم

(مسألة) (وإن قبلها بعد الموت ثبت الملك حين القبول في الصحيح من المذهب) وهو قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أنه إذا قبل تبين أن الملك ثبت حين موت الموصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب كالمية والبيع ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للأوارث لأن الله تعالى قال (من بعد وصية يوصي بها أو دين) والأوارث بعد الوصية ولا يبقى للميت لأنه صار جماً لا يملك شيئاً وللشافعي قول ثالث غير مشهور أن الوصية تملك بالموت وبحكم بذلك قبل القبول لما ذكرنا

ولنا أنه عليك عين لمعين يفتقر إلى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ولأن القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، فإن قيل فلو قال لامراته أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبين وقوع الطلاق قبل موته بشهر، قلنا ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق وإنما تبين الوقت الذي يقع فيه الطلاق ولو قال إذا مت فأنت طالق قبله

معين فله مثل نصيبه مزادا على الفريضة وهذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر ودาวد يعطى مثل نصيب المدين أو مثل نصيب أحدكم إذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف وإن كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث ، وقال مالك إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عددهم فاعطى سهما من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصبتهم المتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم

ولما أذن جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعله مثالا له وهذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه ، وحتى أعطى من أصل المال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت له التسوية والعبارة تقتضي التسوية وإنما جعل له مثل أقالهم نصيبا لأنه اليتيم وما زاد فشكوك فيه فلا يثبت مع الشك وقوله يعطى سهما من عددهم خلاف ما يقتضيه لفظ الموصي فإن هذا ليس بنصيب لأحد ورثته ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدهم وتماثلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم فيصرفه إلى الوصي لقول الموصي وعملا بمقتضى وصيته ، وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلا ، وقوله تعذر العمل بقول الموصي غير صحيح لأنه يمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به لما جاز أن يوجب في ما أحق لم يأذن فيه ولم يأمر به ، وقد مثل الحرق في هذه المسئلة بما أغنى عن تمثيلها ولو قل أو صيت بمثل نصيب أولهم ميراثا كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيذا وإن قل أو صيت بمثل نصيب أكثرهم ميراثا فله ذلك مضافا إلى المسئلة فيكون له في مسئلة الحرق ثمانية وعشرون نضم إلى الفريضة فيكون الجميع ستين سهما

بشهر لم يصح ، وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر المقود فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول فهو كمثلنا غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف مستثنا ، قولهم إن الملك لا يثبت للوارث ممنوع فإن الملك ينتقل إلى الوارث بحكم الأصل إلا أن يمنع منه مانع فأما قول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) قلنا المراد به الوصية المقبولة بدليل أنه لو لم يقبل لكان ماسكا للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل أن يكون المراد بقوله (فلکم الربع من بعد وصية يوصي بها) أي لكم ذلك مستقر ولا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو أكد من الوصية وإن سلمنا أن الملك لا يبقى للوارث فإنه يبقى ملكا للعت كما إذا كان عليه دين ، وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع فإنه يبقى ماسكة فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودقته وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له ملك في دينه إذا قتل وفيما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجوز أن كان قبل تجهيزه فهذا يبقى على ماسكة لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله إلى الوصي قبل تمام السبب فإن رد الموصي له أو قبل انتقل حينئذ قلنا بالاول وأنه ينتقل إلى الوارث فإنه يثبت له الملك على وجه لا يفيد اباحة التصرف كثبوته في العين المرهونة

(فصل) وإن أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان (أحدهما) تصح الوصية ويكون ذلك كلوصية بمثل نصيبه وهذا قول مالك وأهل المدينة والشافعي وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود . والوجه الثاني لا تصح الوصية وهو الذي ذكره القاضي وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبه لانه أوصى بما هو حق الابن فلم يصح كما لو قال بدار ابني . أو بما يأخذه ابني . وجا الاول أنه أمكن تصحيح وصيته بمثل لفظه على مجازة تصح كما لو طلق بالفظ الكناية أو أعقق وبيان أمكن التصحيح أنه أمكن تقدير حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه أي بذل نصيب وارثي ، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كما هم

(فصل) وإن قال أوصيت لك بضعف نصيب ابني فله مثلاً نصيبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو عبيد القاسم بن سلام الضعف المثل واستدل بقول الله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثلين وقوله (فآتت أكفها ضعفين) أي مثلين وإذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل

ولنا أن الضعف مثلان بدليل قوله تعالى (لأذنالك ضعف الحياة و ضعف المات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا - وقال - وما آتيتهم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) وروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة وقال الحذيفة وعثمان بن حنيف لملككم حملما الارض مالا تطبق فقال عثمان لو أضعفت عليها لاحتما قال الازهري الضعف المثل فما فرق . وأما قوله ان الضعفين المثلين فقد روى ابن النباري عن هشام بن معاوية النحوي قال : العرب تتكلم بالضعف مثني فتقول إن أعطيتي درهما ملك ضعفاء أي مائة وافراده

فلو باع الموصى به أو رهنه أو أعنته أو تصرف بغير ذلك لم ينفذ شيء من تصرفاته ولو كان الوارث ابناً للموصى به مثل أن تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لاجنبي فإذا مات انتقل الملك فيه الى ابنه حين القبول ولا يعتق عليه

❦مسئلة❦ (فما حصل من كسب أو نماء منفصل في الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول كالولد والثمره والكسب فهو للورثة على الوجه الاول)

لانه ملكهم فان كان متصلاً بتمها لانه يتبع في العقود والفسوخ
❦مسئلة❦ (وان كانت الوصية بأمة فوطئها الوارث قبل القبول فأولدها صارت أم ولد له ولولدها حذر لانه وطئها في ملكه)

وعليه قيمتها للموصي اذا قبلها لانه فوطئها عليه ولا مهر عليه ولا تلزمه قيمة الولد لذلك ، فان قيل فكيف قضيت بعنقها ههنا وهي لا تنق باعناقها قلنا الاستيلاء أقوى ولذلك يصح من المجنون والراهن والاب والشريك المعسر وان لم ينفذ اعتاقهم ، وعلى الوجه الآخر يكون ولده رقيقاً والامة باقية على الرق فان وطئها الموصى له قبل ذلك كان قبولها لها ويثبت الملك له به لانه لا يجوز الا في الملك

لابأس به إلا أن التثنية أحسن يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد ، قال أبو عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء هو مثله وضعفاه هو مثله وثلاثة أمثاله ثلاثة أمثاله وعلى هذا (فصل) وإن قال أوصيت لك بضع في نصيب ابني فله مثلاً نصيبه ، وإن قال ثلاثة أمثاله فله ثلاثة أمثاله هذا الصحيح عندي وهو قول أبي عبيدة ، وقال أصحابنا إن أوصى بضعف فله ثلاثة أمثاله وإن وصى بثلاثة أمثاله فله أربعة أمثاله ، وعلى هذا كلما زاده ضعفه زاد مرة وهذا قول الشافعي . واحتجوا بقول أبي عبيدة وقد ذكرناه ، وقال أبو ثور ضعفه أربعة أمثاله وثلاثة أمثاله ستة أمثاله لأنه قد ثبت أن ضعف الشيء مثله فتثنيته مثله مفردة كسائر الأسماء .

ولنا قول الله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) قال عكرمة تَحْمِلُ في كل عام مرتين ، وقال عطاء أثمرت في سنة . مثل ثمرة غيرها سنتين ولا خلاف بين المفسرين فيما علمت في تفسير قوله تعالى بضاعف لها العذاب ضعفين) أن المراد به مرتين ، وقد دل عليه قوله تعالى (نؤتها أجرها مرتين) ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على العمل الفاحش ثلاث مرات فإن الله تعالى أنما يريد تضعيف الحسنات على السيئات وهذا هو المعهود من كرمه وفضله ، وأما قول أبي عبيدة فخالفه فيه غيره وأنكروا قوله . قال ابن عرفة لأحب قول أبي عبيدة في (بضاعف لها العذاب ضعفين) لأن الله تعالى قال في آية أخرى (نؤتها أجرها مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين وقد نقل معارية بن هشام النحوي عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى وفرداً بمعنى واحد وموافقة العرب على لسانهم مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز وقول المفسرين من الثابتين وغيرهم

فاقدمه عليه دليل على اختياره الملك فأشبه ما لو وطئ من له الرجعة زوجته الرجعية أو وطئ من له الخيار في البيم الأمة المسيعة أو وطئ من له خيار فسخ النكاح امرأته

﴿مسألة﴾ (وإن وصى له بزوجه فأولدها بعد موت الموصي وقبل القبول فولده رقيق للوارث) وعلى الوجه الآخر يكون حر الأصل ولا ولاء عليه وأمه أم ولد لأنها علفت منه بحر في ملكه
﴿مسألة﴾ (وإن وصى له بأبيه فأت قبل القبول فقبل ابنه عتق الموصى به ولم يرث شيئاً)

وجملة ذلك أنه إذا وصى له بأبيه فأت الموصى له بعد موت الموصي وقبل الرد والقبول فلوارثه قبولها على قول الحنفي وهو الصحيح أن شاء الله تعالى فإن قبها ابنه صح وعتق عليه الجد ولم يرث من ابنه شيئاً لأن حريته إنما حدث حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره وعلى الوجه الآخر ثبتت حريته من حين موت الموصي ويرث من ابنه السدس وقال بعض أصحاب الشافعي لا يرث أيضاً لأنه لو ورث لاعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته وإذا لم يحز اعتباره لم يعتق فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه وهذا قاسد فانه لو أقر جسيم الورثة بشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث مع أنه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة ومن

٤٥٢ الوصية لرجل ثلث ولا آخر بربع ولا آخر بخمس ولا آخر بنثل وصية أحدم (المغنى والشرح الكبير)

أولى من قول أبي عبيدة الخالف لذلك كله مع مخالفة القياس، ونسبة الخطأ إليه أولى من مخطئة ما ذكرناه وأما قول أبي ثور فظاهر الفساد لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأهل العربية ولا يجوز التمسك بمجرد القياس الخالف للنقل فقد يشذ من العربية كلمات تؤخذ نقلاً بغير قياس والله أعلم

(فصل) وإن وصى بنثل نصيب من لا نصيب له مثل أن يرصي بنصيب ابنه وهو ممن لا يرث لكونه رقيقاً أو مخالفاً لدينه أو بنصيب أخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للموصى له لأنه لا نصيب له فله لا شيء له

(فصل) وإن أوصى لرجل ثلث ولا آخر بربع ولا آخر بخمس ولا آخر بنثل وصية أحدم فله الخمس، وإن وصى لرجل بعشرة ولا آخر بستة ولا آخر بأربعة ولا آخر بنثل وصية أحدم فله أربعة لأنها اليقين، وإن قال فلان شريكهم فله خمس مالم يكن واحد منهم، وإن وصى لأحدم بمائة ولا آخر بدار ولا آخر بعبد ثم قال فلان شريكهم فله نصف مالم يكن واحد منهم ذكرها الخبري لأنه ههنا يشارك كل واحد منهم منفرداً والشركة تقتضي التسوية فلهذا كان له النصف بخلاف الأولين فانهم كلهم مشتركون، وقال ابن القاسم له الربع في الجميع

(فصل) ولو أوصى بنثل نصيب وارث لو كان فقد ارث موجوداً وانظر ماله وصى له مع وجوده فهو له مع عدمه فإن خلف ابنين وأوصى بنثل نصيب ثالث فله وصى له الربع ولو وصى بنثل نصيب خامس لو كان فله وصى له السدس وعلى هذا ابتداء ولو خانث زوجاً وأوصت

فروع ذلك أنه لو مات الموصى له فقبل وارثه ثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصى لا من جهة موروثه ولم يثبت للموصى له شيء فحينئذ لا تنقضي ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يستق من يستق عليه فإن كان منهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له وعلى الوجه الآخر تبين أن الملك كان ثابتاً للموصى له وإن انتقل منه إلى وارثه فتعكس هذه الأحكام فتقضي ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به الذكور من ورثته ويحتمل أن يثبت للملك من حين الموت فتعكس هذه الأحكام وقد ذكرناه

(فصل) وتصح الوصية مطلقة ومقيدة بالمطلقة أن يقول أن مت فتأني للمساكين أو لزيد والمقيدة أن يقول أن مت في مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فتأني للمساكين فان برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة دون المطلقة قال أحد فيمن وصى وصية أن مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية بهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال مالك أن قال قولاً ولم يكتب كتاباً فهو كذلك وإن كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فالوصية بحالها مالم يتقضاها.

بمثل نصيب أم لو كانت للموصى له الخمس لأن للام الربع لو كانت فيجعل له سبعا مضافا إلى أربعة يكن خمسا نفس على هذا

(مسئلة) قال (وإذا خالف ثلاثة بنين وأوصى لآخر بمثل نصيب أخذهم كان للموصى له الربع)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثوري والشاذلي وأصحاب الرأي وعند مالك وموافقيه للموصى له اثلاث والباقي بين الابنين وتصح من تسعة وقد دلت على فساد ما لو خلف ابنا واحدا وأوصى بمثل نصيبه للموصى له النصف في حال الاجازة واثلاث في حال الرد وعند مالك للموصى له في حال الاجازة جميع المال

(فصل) فإن خالف بنتا وأوصى بمثل نصيبها فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابنا عند من يرى الرد لأنها تأخذ المال كله بالفرض والرد، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله أن يكون له اثلاث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال ويقتضي قول مالك أن للموصى له النصف في حال الاجازة ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال فإن خلف ابنتين وأوصى بمثل نصيب احدهما فهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قول من لا يرى الرد أنها من أربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم ربه، ويقتضي قول مالك أن الثلث للموصى له ولابنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة، فإن خالف جدة وحدها وأوصى بمثل نصيبها فقياس قولنا أن المال بينهما نصيبين وقياس قول من لا يرى الرد أنها من سبعة لكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال وقياس قول مالك أن للموصى له السدس ولجدة سدس ما بقي والباقي لبيت المال (فصل) وإذا خالف ثلاثة بنين وأوصى لثلاثة بمثل انصباهم فالمال بينهم على سنة أن اجازوا

ولنا أنها وصية بشرط أم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى لقوم فأتوا قبله ولأنه قيد وصيته بقيد فلا تتعداه كما ذكرناه وإن قال لاحد عبديه أنت حر بعد موتي وقال للآخر أنت حر إن مت من مرضي هذا فثبات من مرضه فالعبدان سواء في التديير وإن برأ من مرضه ذلك بطل تديير المقيد وبقي تديير المطلق بحاله، ولو وصى لرجل بثلثه وقال إن مت قبلي فهو لعمر وصحت وصيته على حسب ما شرطه وكذلك سائر الشروط فإن النبي ﷺ قال «المسلمون على شروطهم» (فصل) قال رضي الله عنه (ويجوز الرجوع في الوصية)

اتفق أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في كل ما وصى به وفي بعضه إلا الوصية بالاعتاق فقد اختلف فيها فلاكثرن على جواز الرجوع فيها أيضاً روي ذلك عن عمر رضي الله عنه أنه قال يغير الرجل ما شاء من وصيته وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهري وقناة ومالك والشاذلي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يغير ما شاء منها إلا العتق لأنه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير

وازدوا فن تسعة للموصي لهم الثلث ثلاثة والباقي بين البنين على ثلاثة فان اجازوا لواحد وردوا على اثنين فالمرود عليها التسعان الاذان كانا لها في حال الرد عليهم ، وفي المجازلة وجهان احدهما له السدس الذي كان له في حال الاجازة للجميع وهذا قول ابي يوسف وابن شريح فيأخذ السدس والتمين من مخرجها وهو ثمانية عشر يبقى احد عشر بين البنين على ثلاثة لا يصح فيضرب عددهم في ثمانية عشر تكن اربعة وخمسين فالمجازلة السدس تسعة ولكل واحد من صاحبه ستة ولكل ابن احد عشر (والوجه الثاني ان يضم المجازلة الى البنين ويقسم الباقي بعد التسمين عليهم وهم اربعة لا تنقسم فتضرب اربعة في تسعة تكن ستة وثلاثين فاز اجاز الورثة بعد ذلك الاخرين اتوا لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم اسداسا على الوجه الاول وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم وهو احد وعشرون من ستة وثلاثين الى ما حصل لهم وهو ثمانية ويقدمونه بينهم على خمسة ولا يصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة وثلاثين ومنها تصح ، وان اجاز احد البنين لهم ورد الآخرون عليهم فالماجز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجازوا اربعة أسباع ثمانية تبقى سبعة بين الموصي لهم على ثلاثة فاضربها في ثمانية عشر تكن اربعة وخمسين وان اجاز واحد لواحد دفع اليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها في ثلاثة تكن اربعة وخمسين والله اعلم

(فصل) واذا وصى لرجل بجزء مقدر ولا آخر بمثل نصيب وارث من ورثته ففيها وجهان (احدهما) يعطى الجزء لصاحبه ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له كأنه ذلك الوارث ان اجازوا وان ردوا قسمت اثلاث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الاجازة واثنين بين الورثة (والوجه الثاني) ان يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية سواها وهذا قول يحيى بن آدم. وثانيه

ولذا أنها وصية فملك الرجوع عنها ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها كهيئة ما يفتقر الى القبض قبل قبضه، وأما التدبير فلأنه منم وان سلم فان الوصية تفارق التدبير فانه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتمليته على صفة في الحياة

﴿مسئلة﴾ (فاذا قال قدر جعت في وصيتي أو أبطلتها أو نحو ذلك كقوله غيرها بطلت)

لانه صريح في الرجوع وان قال في الموصى به هو لورثتي أو في ميراثي فهو رجوع لان ذلك ينافي كونه وصية

﴿مسئلة﴾ (وان قال ما أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا)

وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً لانه صرح بالرجوع عن الاول بذكره أن ما أوصى به مردود الى الثاني أشبه ما لو قال رجعت عن وصيتي لفلان وأوصيت بها لفلان

﴿مسئلة﴾ (وان وصى به لآخر ولم يقل ذلك فهو بينهما) إذا وصى لسان بمين من ماله ثم وصى به لآخر

أو وصى لرجل بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما وليس ذلك رجوعا

رجل أوصى بثلاث ماله لرجل ولا آخر بمثل نصيب أحد بنيه ومثل ثلاثة فعلى الوجه الاول للموصى له
بالمثل الثلث وما بقي بين البنين والوصي على اربعة وتصح من ستة لصاحب الثلث سهمان والآخر
سهم فان ردوا فالثالث بين الوصيين على ثلاثة والثلثان بين البنين على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الوجه
الآخر لصاحب الثلث الثلث وللآخر الربع ان اجيز لهما وان رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة
والثلثان للورثة ، وتصح من ثلاثة وستين ، وان كان الجزء يزيد على الثلث مثل أن أوصى لرجل بالنصف
ولا آخر بمثل نصيب أحد بنيه ففيها وجه ثالث وهو أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين
وهو ربه لان الثلثين حق الورثة لا يؤخذ منها شيء إلا باجازتهم ورضام فيكون صاحب النصيب
كواحد منهم لا تنقص من السدس شيئاً إلا باجازته ، فعلى الوجه الاول لصاحب الجزء النصف
والباقي بين الآخر والبنين على اربعة ، وتصح من ثمانية إن أجازوا . وان ردوا قسمت الثلث بين
الوصيين على خمسة والثلثين بين البنين على ثلاثة ، وتصح من خمسة وأربعين . وعلى الوجه الثاني لصاحب
النصف النصف والآخر الربع ويبقى الربع بين البنين ، وتصح من اثني عشر وان ردوا فالثالث بين
الوصيين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الثالث لصاحب النصف النصف وللآخر السدس
ويبقى الثلث بين البنين على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر ، وان ردوا فالثالث بين الوصيين على اربعة
وتصح من ستة وثلاثين ، وان أوصى لصاحب الجزء بالثلثين فعلى الوجه الاول لصاحب النصف
ربع الثلث سهم من اثني عشر إن أجازوا وان ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على تسعة وعلى الوجه
الثاني يكون له الربع في حال الاجازة وفي حال الرد يكون الثلث بين الوصيين على أحد عشر ، وعلى
الوجه الثالث يكون له السدس في الاجازة وفي الرد يكون الثلث بين الوصيين على خمسة ، وإن أوصى

في الوصية الاولى وبه قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي
وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود وصيته للاخير منهما لانه وصى للثاني بما وصى
به للاول فكان رجوعاً كما لو قال ما وصيت به لفلان فهو لفلان ولان اثناية تنافي الاولى فاذا أتى
بها كان رجوعاً كما لو قال هذا لورثتي

ولنا انه وصى بها لهما فاستويا فيها لما لو قال وصيت لكما بهذه العين وما قاسوا عليه صرح فيه
بالرجوع عن وصيته للاول وفي مسئلتنا يحتمل انه قصد التشريك في بطل وصية الآخر بالشك
(فصل) اذا وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بشئ فهو بينهما أرباعاً وعلى قول الآخر ينفي
ان يكون للثاني ثلثه كاملاً وان وصى بعبد لاثنتين فرد احدها وصيته فللاخر نصفه وان وصى لاثنتين
بثاني ماله فرد الورثة ذلك ورد احد الوصيين وصيته فللاخر الثلث كاملاً لانه وصى له به منفرداً
وذا لم المزاحمة فكمثل له كما لو انفرد به

(فصل) إذا أقر الوارث أن اباه وصى بالثلث لرجل وأقام آخر شاهدين أنه أوصى له بالثلث،
فرد الوارث الوصيين وكان الوارث رجلاً عدلاً وشهد بالوصية حلف معه الموصى له واشتركا في

لرجل بجميع ماله ولا آخر بمثل نصيب أحد ورثته فعلى الوجه الاول لا يصح للموصي الا آخر شيء في اجازة ولا رد وعلى الثاني يقسم الوصيان المال بينهما على خمسة في الاجازة والثالث على خمسة في الرد وعلى الثالث يقتسمان المال على سبعة في الاجازة والثالث على سبعة في الرد

(فصل) وان أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولا آخر بجزء مما بقي من المال ففيها أيضا ثلاثة أوجه (أحدها) أن يعطى صاحب النصف مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية أخرى (والثاني) أن يعطى مثل نصيبه من ثلثي المال (والثالث) أن يعطى مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور وعليه التفريع : ومثاله رجل خلف ثلاثة بنين وصى بمثل نصيب أحدهم ولا آخر بنصف ، في المال فعلى الوجه الاول لصاحب النصف الربع والآخر نصف الباقي وما بقي للبنين وتصح من ثمانية وعلى الثاني له السدس والآخر نصف الباقي وتصح من ستة وثلاثين ولا تفريع على هذين الوجهين لوضوحهما ، وأما على الثالث فيدخلها الدور ولعلها طرق (أحدها) أن تأخذ مخرج النصف فتمسك منه سهمًا يبقى سهم فهو النصيب ثم زيد على عدد البنين واحداً نصير أربعة فتضربها في المخرج تكون ثمانية فتضربها بالسهم يبقى سبعة فهي المال ، فلو وصى له بالنصيب سهم والآخر نصف الباقي وهو أربعة وأكل ابن سهم (طريق آخر) أن زيد على سهام البنين نصف سهم وتضربها في المخرج تكون سبعة (طريق ثالث) ويسمى المكرس أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فتعزل هي بقية مال ذهب نصفه فإذا أردت تكبله فزد عليه مثله ثم زد عليها مثل سهم ابن تكون سبعة (طريق رابع) أن تجعل المال سهمين ونصيباً وتدفع النصيب الى صاحبه والى الآخر سهمًا يبقى سهم للبنين يعدل ثلثه فالمال كله سبعة .

الثالث ، وبهذا قال أبو ثور ، وهو قياس قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لا يشاركه المقر له بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين رواه مسلم ، وإن كانت المقر ليس بمعدل أو كان امرأة فالثالث لمن شهدت له البينة ، لأن وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بينة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثالث أو بهذا العبد ، أو أقر لآخر به بكلام متصل بالمقر به بينهما ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل لإقراره لأنه ثبت للأول بإقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الاول إلا أن يكون عدلاً فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للأول ببينة ، وإن أقر للثاني في المجلس بكلام منفصل فقيسه وجهان (أحدهما) لا يقبل لأن حق الأول ثبت في الجميع فأشبهه ما لو أقر له في مجلس آخر (والثاني) يقبل لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة .

﴿مسئلة﴾ (وإن باعه أو وهبه أو رده كان رجوعاً)

إذا وهب الموصى به أو تصدق به أو أكله أو أطعمه أو ألتفه أو كان ثوباً ففصله ولبسه

وبالجبر تأخذ مالا فتلقى منه نصيبا يبقى مال إلا نضيبا وتدفع نصف الباقي الوصي الآخر يبقى نصف مال إلا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصبا فأجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصفًا كاملاً يعدل ثلاثة ونصفًا فالمال كله سبعة

(فصل) فإن كانت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثالث وهو ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهي النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البنين وتضربها في المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة يبقى أحد وعشرون فهو المال فتدفع إلى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث اثنان تدفع منهما سهمًا إلى الوصي الآخر يبقى خمسة عشر اكل ابن خمسة وبالعطريق اثنان تزيد على سهام البنين نصفًا وتضربها في المخرج تكن إحدى وعشرين وبالثالث تعمل كاعمال في الأولى فإذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل أن الوصية الثانية بنصف الثلث والرابع تجعل الثلث سهمين ونصيبًا تدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهمًا يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع نصيبين إلى ابنين يبقى خمسة للثالث فهي النصيب فإذا بسطتها كانت إحدى وعشرين وبالجبر تأخذ مالا فتلقى منه ثلاثة نصيبًا وتدفع إلى الآخر نصف باقي الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه إلا نصف نصيب أجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين بصير ثلاثة ونصفًا تعدل خمسة أسداس أثلث وحول بصير النصيب خمسة وكل سهم ستة تكن إحدى وعشرين

أو جارية فأحبها أو ما أشبه ذلك فهو رجوع . قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو وهبه أو تصدق به أو بجمارية فأحبها أو أولدها فإنه يكون رجوعاً ، وكذلك إن باعها ، وحكي عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة .

ولنا أنه أزال ملكه عنه ، فكان رجوعاً كما لو وهبه وإن عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبها الموهوب له كان رجوعاً لأنه يدل على اختياره للرجوع ووصيته ببيعه أو اعتاقه رجوع لكونه وصي بما ينافي الوصية الأولى وإن رهنه كان رجوعاً لأنه علق به حقاً يجوز بيعه ، فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع ، وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه لا يزيل الملك أشبه إجارته

﴿مسألة﴾ (وإن كاتبه أو دبره أو جحد الوصية فعلى وجهين)

(أحدهما) يكون رجوعاً لأن الكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينتج بالموت فسبق أخذ الموصى له وجحد الوصية رجوعاً لأنه لا يدل على الرجوع ولأن جحده يدل على أنه لا يريد إبعاله إلى الموصى له .

(فصل) فان ارصى لثالث بربع المال فخذ الخارج وهي اثنان وثلاثة وأربعة واضرب بعضها في بعض تكن أربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحدا تصر أربعة واضربها في أربعة وعشرين تكن ستة وتسعين انقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرين وذلك اثني عشر يبقى أربعة وثمانون فهي المال ثم انظر الاربعة وعشرين فانقص منها سدسها لاجل الوصية الثانية وربعا لاجل الوصية يبقى أربعة عشر فهي النصيب فادفعها الى الموصى له بالنصيب ثم ادفع الى الثاني نصف ما يبقى من الثلث وهو سبعة والى الثالث ربع المال إحدى وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر وبالمطريق الثاني تزيد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصف في أربعة وعشرين تكن أربعة وثمانين وبالمطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها فاذا بلغت إحدى وعشرين ضربتها في أربعة من أجل الربع تكن أربعة وثمانين وبالمطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصبا. تدفع نصيبا الى صاحب النصيب والى الآخر سهما والى صاحب الربع سهما ونصفا وثلاثة ارباع نصيب ويبقى من المال نصيب وربع وثلاثة أسهم ونصف للورثة يعدل ثلاثة أنصبا. فأسقط نصيبا وربعا بمثلها يبقى ثلاثة أسهم ونصف يعدل نصيبا وثلاثة ارباع فالنصيب إذا سهمان فأبسط الثلاثة الا نصيبا تكن ستة فصار المال اثني عشر ومنها يصح لصاحب النصيب سهمان وللآخر نصف باقي الثلث سهم ولصاحب الربع ثلاثة تبقى ستة لكل ابن سهمان وهذا أخصر وأحسن وبالجبر تأخذ مالا تدفع منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا تدفع نصف بقي ثلثه وهو سدس الا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس الا نصف نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث وربعه الا نصف نصيب يعدل

و (الثاني) لا يكون رجوعا لآل الكتابة والتدبير لا يخرج بهما عن ملكه ولان الوصية عقد فلا تبطل بالجحود كسائر العقود وهو رواية عن أبي حنيفة .

﴿ مسألة ﴾ (وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا)

لانه يتعذر تسليمه فيدل على رجوعه ، وان خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا ، لانه لا يمنع التسليم وان أزال اسمه فطحن الحنطة أو عجن الدقيق أو خبز الحنطة أو جمل الخبز فثبتا فهو رجوع لانه أزال اسمه وذكره القاضي لانه أزال اسمه وعرضه للاستعمال ، وذلك دليل على رجوعه وهذا قال الشافعي ، وعلى قياس ذلك اذا نجر الخشبة باباً ونحوه لانه أزال اسمه فهو في معناه ، وان كان قطناً أو كتاناً ففزه ، أو غزلا فنسجه ، أو ثوباً فقطعه ، أو بقرة فضرها ، أو شاة فذبحها كان رجوعاً ، وبه قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه ، واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبو ثور لانه لا يزيل اسمه ولنا أنه عرضه للاستعمال فكان رجوعاً لأن فعله يدل على الرجوع ، وقولهم انه لا يزيل اسمه لا يصح فان الثوب لا يسمى غزلا ، والغزل لا يسمى كتاناً .

(فصل) وان حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من فعل الموصي مثل ان سقط الحب في الارض

ثلاثة أنصبا، اجبر وقابل وقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين ثم نصربها في اثنين
ليزول الكسر يرجع الي أربعة وثمانين

(فصل) فان كانت الوصية الثالثة برع ما بقي من المال بعد الوصيتين الاوليين فاعملها بطريق
النصيب كاذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة ارباع تعدل نصيبا ونصفا أبسطهما أرباعا تكن السهام
خمس عشرة والانصبا ستة توافقهما وتردهما الى وفقه ما نصير خمسة اسهم تعدل نصيبين اقلب واجعل
النصيب خمسة والسهم اثنين وابسط ما معك يصير سبعة وعشرين فادفع خمسة الى صاحب النصيب
والى الآخر نصف باقي الثالث سهمين والى الآخر ربع الباقي خمسة يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة
وهذا الطريق أحصر وان عملت بالطريق الثاني اخذت أربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقي
يبقى خمسة عشر فهي النصيب ثم زدت على عدد البين سهمها ونقصت نصفه وربع الباقي منه يبقى
ثلاثة أثمان ردها على سهام البين تكن ثلاثة وثلاثة أثمان نصربها في أربعة وعشرين تكن احدى وثمانين
ومنها تصح وبالجبر تفضي الى ذلك ايضا

(فصل) وان خلف أما وأختا وعمأ وأوصى لرجل بمثل نصيب العم ومسدس ما يبقى ولا آخر بمثل
نصيب الام وربع ما يبقى ولا آخر بمثل نصيب الاخت وثالث ما يبقى فاعملها بالملكوس وقل أصل
المائة ستة فابداً بآخر الوصايا قل هذا مال ذهب ثمانية فزد عليه نصفه ثلاثة ومثل نصيب الاخت
ثلاثة صارت اثني عشر ثم قل هذا بقية مال ذهب ربعه فزد عليه ثلثه ومثل نصيب الام ستة صار
ثمانية ثم قل هذا بقية مال ذهب سبعة فزد عليه سدسه ، ونصيب العم صار اثنين وعشرين ومنه تصح

فصار زرعاً أو أنهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها لان الباقي لا يتناول له الاسم
وهو اختيار القاضي وذكر أبو الخطاب في الدار اذا أنهدمت وزال اسمها وجهاً أنه لا يكون رجوعاً
لان الموصي لم يقصد ذلك والاول أولى وان كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه .

﴿ مسألة ﴾ (وان زاد في الدار عمارة أو أنهدم بعضها فهل يستحقه الموصى له ؟ على وجهين :
(أحدهما) : لا يستحقه لان الزيادة لم تتناولها الوصية والانتقاض لا تدخل في معنى الدار وإنما
يتبع الدار في الوصية وما يتبعها في البيع . و (الوجه الآخر) : يدخلان في الوصية لان الزيادة تابعة
للموصى به فأشبهه بمن العبد وتعليمه والمنهدم قد دخل في الوصية فتبقى الوصية ببقائه .

﴿ مسألة ﴾ (وان وصى له بمقتضى من صبرة ثم خلط الصبرة بأخرى لم يكن رجوعاً سواء خلطها
بمثله أو خير منها او دونها لانه كان مشاعا وبقي مشاعا وقيل ان خلطه بخير منه كان رجوعاً لانه
لا يمكنه تسليم الموصى به الا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم
بخلاف ما اذا خلطه بمثله او دونه .

(فصل) نقل الحسن بن نواب عن احمد في رجل قال هذا ثلثي لفلان ويعطي فلان منه مائة

(فصل) في الاستثناء، إذا خلف ثلاثة بنين وأوصى بمنزل نصيب أحدهم الأربعة المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليها سهماً تكن خمسة، فهذا النصيب وزد على عدد البنين واحداً واضربه في مخرج الكسر تكن ستة عشر تدفع إلى الوصي خمسة وتستثنى منه أربعة يبقى لهم سهم ولكل ابن خمسة، وإن شئت خصصت كل ابن بربع وقسمت الربع الباقي بينه وبينهم على أربعة فإن قال الأربعة الباقي بهذا النصيب فزد على سهام البنين سهماً واربعا واضربه في أربعة تكن سبعة عشر للوصي سهماً ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتدفع منه نصيباً إلى الموصى له وتستثنى منه ربع الباقي وهو ربع مال الأربعة نصيب صار معك مال وربع الأربعة واربعا يعدل أنصاء البنين وهي ثلاثة اجبر وقابل يخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر فإن قال الأربعة الباقي بعد الوصية جعلت المخرج ثلاثة وزدت عليه ثلثه صار أربعة فهو النصيب وتزيد على عدد البنين نصيباً وثلاثاً ونضربه في ثلاثة تكن ثلاثة عشر فهو المال وإن شئت قلت المال كله ثلاثة أنصاء، ووصية والوصية هي نصيب الأربعة الباقي بعدها وذلك ثلاثة أرباع نصيب فيبقى ربع نصيب فهو الوصية وتبين أن المال كله ثلاثة وربع أبسطها تكن ثلاثة عشر، ولهذا المسائل طرق سوى ما ذكرنا والله أعلم

(فصل) وإن قل أوصيت لك بمنزل نصيب أحد بني الأثاث ما يبقى من الثلث فخذ مخرج الكسر ثلث الأثاث وهو تسعة وزد عليها سهماً تكن عشرة فهي النصيب وزد على أنصاء البنين سهماً وثلاثاً واضرب ذلك في تسعة تكن تسعة وثلاثين ادفع عشرة إلى الوصي واستثنى منه ثلث بقية الثلث سهم يبقى له تسعة ولكل ابن عشرة، وإن قال الأثاث ما يبقى من الثلث بعد الوصية جعلت المال ستة

في كل شهر إلى أن يموت فهو للأخر منها ويعطى هذا مائة في كل شهر فإن مات وفضل شيء رد إلى صاحب الثلث فحكم بصحة الوصية وإنفاذها على ما أمر به الموصي .

﴿مسئلة﴾ (وإن وصى لرجل بشيء ثم قال إن قدم فلان فهو له ، فقدم في حياة الموصي فهو له لأنه جعله له بشرط قدومه وقد وجد الشرط ، وإن قدم بعد موت الموصي فهو للأول في أحد الوجهين ، لأنه لما مات قبل قدومه انتقل إلى الأول لعدم الشرط في الثاني وقدم الثاني بعد ملك الأول له وانقطاع حق الموصي منه فيبقى للأول ، ذكره القاضي ، وفي الوجه الثاني هو للقادم لأنه مشروط له بقدومه فأشبهه ماله قال إن حملت فحلي بعد موتي فهو لفلان ، حملت بعد موته فإنه يستحق حملها ، بعد ملك الورثة لأصلها .

(فصل) إذا أوصى بأمة لزوجها الحر فقبلها انفسخ النكاح ، لأن النكاح لا يجتمع مع ملك العبد وظاهر المذهب أن الموصى له إنما ملك الموصى به بالقبول فينفذ ينفسخ النكاح ، وفيه وجه آخر أنه إذا قبل تبين أن الملك كان ثابتاً من حين موت الموصي فتبين أن النكاح انفسخ من حين موت الموصي فإن أنت بولد لم يخل من ثلاثة أحوال .

وزدت عليها سهمها صارت سبعة فهذا هو النصيب وزدت على أنصبا البنين سهمها ونصفا وضربته في ستة صار سبعة وعشرين ودفعت الى الوصي سبعة وأخذت واحدة من نصف بقية الثلث بقي معه ستة وبقي أحد وعشرون لكل ابن سبعة وإنما كان كذلك لان الثلث بعد الوصية هو النصف بعد النصيب ومتى أطلق الاستثناء فلم يقل بعد النصيب ولا الوصية فعند الجمهور يحمل على ما بعد النصيب وعند محمد ابن الحسن والبحررين يكون بعد الوصية

(فصل) فان قال الا خمس ما بقي من المال بعد النصيب ولا آخر بثلث ما بقي من المال بعد وصية الاول فخذ الجيم خمسة وزد عليها خمسه تكن ستة انقص منها من أجل الوصية بالثلث يبقى أربعة فهي النصيب ثم خذ سهمها وزد عليه خمسه وانقص من ذلك ثلثه يبقى أربعة أخماس زدها على أنصبا البنين واضربها في خمسة نصر تسعة عشر فهي المال ادفع إلى الاول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبق معه سهم فادفع الى الآخر ثلث الباقي ستة يبقى اثني عشر لكل ابن أربعة وبالجهر خذ مالا والى منه نصيبا واسترجع منه خمس الباقي بصر معك مال وخمس الا نصيبا وخمسا الق منه ثلث ذلك يبقى أربعة أخماس مال الا أربعة أخماس نصيب تعدل ثلاثة أنصبا أجبر وقابل وابسط يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة ، وإن شئت قلت أنصبا البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه بصر أربعة أنصبا ونصفا ووصية والوصية هي نصيب الا خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصية أسقطه من النصيب يبقى خمس نصيب وعشر نصيب الا خمس وصية تعدل وصية أجبر وقابل وابسط نصر ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر سهمها من

(احدها) ان تكون حاملا حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة اشهر منذ اوصى فالصحيح انه يكون موصى به معها لان الحمل حكما ولهذا تصح الوصية به وله واذا صححت الوصية به منفردا صححت به مع امه فيصير كما لو كان مناصلا فوصى بهما جميعا وفيه آخر لا حكم للحمل فلا يدخل في الوصية وانما يثبت له الحكم عند انفصاله كأنه حدث حينئذ فعلى هذا ان انفصل في حياة الموصي فهو كسائر كسبها ، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو للورثة على ظاهر المذهب وان انفصل بعده فهو للموصي .

(الحال الثاني) ان تحمل به بعد الوصية ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة اشهر من حين اوصى لانها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل انها حملته بعدها فلم تتناوله والاصل عدم الحمل حال الوصية فلا تثبته بالشك فيكون مملوكا للموصي ان ولدته في حياته وإن ولدته بعده وقتلنا للحمل حكم فكذلك وان قلنا لا حكم له فهو للورثة ان ولدته قبل القبول ولا ييه ان ولدته بعده وكل موضع كان الولد الموصى له فانه يعتق عليه بأنه ابنه وعليه ولاء لانيه لانه عتق عليه بالقرابة وامهامة يفسخ نسكاحها بالملك ولا تصير ام ولد لانها لم تعلق منه بجر في ملكه

الوصية وهي تنفق بالاثلاث فردها على وفقها يصير سهما يعدل أربعة فالوصية سهم والنصيب أربعة فابسطها تكن أربعة عشر فان كان الاستثناء بعد الوصية قلت المال أربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب الا خمس البقي وهو تسعة أعشار نصيب يمتي عشر نصيب فهو الوصية فابسط الكل أعشاراً تكن الا نصيباً خمسة واربعين والوصية سهم وإن كان استثنى خمس المال كله فالوصية عشر نصيب الا خمس وصية أجبر بصير العشر يعدل وصية وخمسا ابسط يصير النصيب ستين والوصية خمسة والمال كله مائتان وخمسة وسبعون التي منها ستين واسترجع منه خمس للمال وهو خمسة وخمسون يبقى له خمسة والآخر ثلثا الباقي تسعون ويبقى مئة وثمانون لكل ابن ستون وترجم بالاخصار الى خمسة وذلك خمسة وخمسون للوصي الاول سهم وثلثاني ثمانية عشر لكل ابن اثنا عشر وبالجبر تأخذ مالا تلقى منه نصيباً وتزبد على المال خمسة يصير مالا وخمسا الا نصيباً التي ثلث ذلك يبقى أربعة أخماس مال الاثني نصيب يعدل ثلاثة اجبر وقابل وابسط يكن المال ثمانية عشر وثلاثاً اضربها في ثلاثة ليحول الكسر بصير خمسة وخمسين وإن كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله فخذ مخرج الكسر بن خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبقى ثلاثة عشر فهي النصيب وزد على انصباء البنين سهما واضربه في المال يكن ستين وهو المال ، وان كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلث المال كله فاعمل كذلك الا أنك تزيد على سهام البنين سهما وخمسا وتضربها تكن ثلاثة وستين ، وان كان استثنى خمس ما بقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهما واحداً فصار ستة عشر ثم نقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهو النصيب ثم زدت سهام البنين سهما وخمسا وضربتها في خمسة عشر تكن ثلاثة وستين تدفع الى الوصي الاول

(الحال الثالث) ان تحمل بعد موت الموصي وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة أشهر من حين الموت فان وضعته قبل القبول فهو للوارث في ظاهر المذهب لان الملك انما يثبت للموصي له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له ، وان وضعته بعد القبول فكذلك لان الظاهر ان للحمل حكماً فيكون حادثاً على ملك الوارث وعلى الوجه الآخر يكون للموصي له فعلى هذا يكون حرراً لا ولاء عليه لانها ام ولد لكونها علقته منه بحر في ملكه فهو كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما قلناه ، وقال ابو حنيفة اذا وضعته بعد موت الموصي دخل في الوصية بكل حال لانها تمتقر بالموت وتنزيم فوجب ان تسرى الى الولد كالاستيلاد

ولنا انها زيادة متفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب وكما لو وصى بمتق جارية فولدت ويفارق الاستيلاد لان له تغليبا ومراية وهذا التفريع فيما اذا خرجت من الثلث وان لم تخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث وانفسخ انكاح لان ملك بعضها يفسخ النكاح كملك جميعها وكل موضع يكون الولد لايه فانه يكون له منه ههنا بقدر ما ملك من أمه ويسري العتق الى باقيه إن كان موسراً وإن كان معسراً فقد عتق منه ما ملك وحده وكل موضع قلنا نكحون أم ولد فانها تصير أم ولد ههنا

أحد عشر وتسبني منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى معه تسعة وتدفع الى صاحب الثلث إحدى وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر فان كانت الوصية الثانية بثلث باقي المال زدت على الخمسة عشر واحداً ثم نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لما فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية وأربعين انقص ثلثها يبقى اثنان وثلاثون ففي النصيب وخذ سهماً وزد عليه خمسة ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة وأربعين تكن مائة وإحدى وسبعين منها تصح

(فصل) فان خلف أربعة بنين وأوصى لرجل بثلث ماله إلا نصيب أحدهم أو أوصى له بشكلة الثلث على نصيب أحدهم فيه التسع وحسابها أن تدفع الى الوصي وابن ثلث المال يبقى ثلثا لثلاثة بنين لكل واحد تسعان فعملت أن نصيب الابن من الثلث تسعان يبقى تسع لوصي وان وصى لآخر بخمس ما يبقى من المال بعد الوصية الاولى عزات ثلث المال ثم أخذت منه نصيباً ورددته على الثلثين ودفعت الى الوصي الثاني خمس ذلك يبقى من المال ثلثه وخمسه وأربعة أخماس نصيب للورثة فاقطع أربعة أخماس نصيب بثلثا يبقى له ثلاثة وخمس تعدل ثلثا وخمسا فنصف المال إذا بعدل ثلاثة أنصبا والمال كله ستة لوصيين والبنين لكل واحد سهم

(طريق آخر) سهام البنين أربعة وهي بقية مال ذهب خمسة فرد عليه ربه الوصي الثاني صارت خمسة ثم زد على سهم ابن ما يكل به الثلث وهو سهم آخر فصارت ستة، وان شئت فرغمت المال خمسة أسهم ونكلة ودفعت النكلة الى صاحبها وخمس الباقي الى صاحبه ويبقى لكل ابن سهم، وقد

سواء كان موسراً أو معسراً على قول الحنفي كما إذا استولد الامة المشتركة وقال القاضي يصير منها أم ولد بقدر مملك منها وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

(فصل) قال رضي الله عنه (وتخرج الواجبات من رأس المال أوصى بها أو لم يوص كقضاء الدين والحج والزكاة) لان حق الورثة بعد أداء الدين لقوله سبحانه (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقال علي رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ بدأ بالدين قبل الوصية زواجه الترمذي والواجب لحق الله سبحانه بمنزلة الدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «دين الله أحق أن يقضى» فان وصى معها بتبرع اعتبر الثلث من الباقي فيخرج الواجب أولاً من رأس المال ثم يخرج ثلث الباقي كمن تكون تركته أربعين فيوصي بثلث ماله وعليه دين عشرة فتخرج العشرة أولاً وتدفع إلى الموصى له بالثلث عشرة وهي ثلث الباقي بعد الدين

(مسألة) (وان قال اخرجوا الواجب من ثلثي اخرج من الثلث وتم من رأس المال على ما قال الموصي كأنه قصد إرفاق ورثته بذلك فان كان معها وصية بتبرع فقال القاضي يبدأ بالواجب فان فضل عنه من الثلث شيء فهو لصاحب التبرع وإن لم يفضل منه شيء سقط وذلك لان الدين يجب

علمت أن سهم ابن مع التركة ثالث المال وإن البقي بعدهما الثلثان وهي أربعة أسهم تقابل بهما نصف الأربعة وهي سهمان فتبين أن التركة سهم

(فصل) وإن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه ومثل ثلاثة ولا آخر بثلث ما يبقى من الثلث ولا آخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أيضا فادفع إلى الوصي الأول نصيبا وإلى الثاني والثالث درهمين بقي سبعة ونصيبان ادفع نصيبين إلى ابنين يبقى سبعة للأبن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فإن كانت الوصية الثالثة بدرهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون

(فصل) وإن ترك ستمائة ووصى لاجنبي بمائة ولا آخر بتمام الثلث فلكل واحد منهما مائة فإن رد الأول وصيته فلآخر مائة، وإن وصى للأول بمائتين والآخر بباقي الثلث فلا شيء لثاني سواء رد الأول وصيته وأجازها، وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة، وقال أهل العراق إن رد الأول فللثاني مائتان في المسألتين

ولنا أن المائتين ليست باقي الثلث ولا تتمته فلا يكون موصى بها للثاني كما لو قبل الأول، ولو وصى لوارث بثمته ولا آخر بتمام الثلث فلا شيء لثاني وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملا

(فصل) وإن أوصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة ولم يزد الثلث على مائة بطلت وصية التمام، وإن زاد على مائة وأجاز الورثة أمضيت وصاياهم على ما أوصى لهم به وإن ردوا ففيه وجهان (أحدهما) يرد كل واحد منهما إلى نصف وصيته لأن الوصايا رجعت إلى نصفها فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا (والثاني) لا شيء لصاحب

البداءة به قبل الميراث والتبرع فإذا عينه في الثلث وجب البداية به وما فضل للتبرع فإن لم يفضل شيء سقط لأنه لم يوص له بشيء إلا أن يحيز الورثة فيعطى ما أوصى له به وقال أبو الخطاب يراحم به أصحاب الوصايا فيحتمل ما قاله القاضي ويحتمل أن يقسم الثلث بين الواجب والتبرع بالحصة فما بقي من الواجب تم من الثنتين فيدخله الدور ويحتاج إلى العمل بطريق الخبر فلو كان المال ثلاثين فالواجب عشرة والوصية عشرة فاجعل تمة الواجب شيئا يبقى ثلاثون إلا شيئا فثلثه عشرة إلا ثلث شيء أقسمها بين الواجب والتبرع يحصل للواجب خمسة إلا سدس شيء فإذا أضفت إليها الشيء الذي هو تمة الواجب كان عشرة فاجبر الخمسة من الشيء بسدسه يبقى خمسة أسداس شيء تعدل خمسة فتبين أن الشيء ستة وللوصي الآخر وهو صاحب التبرع أربعة

(فصل) فإن كان عليه دين خمسة أيضا عزلت تمة الواجب شيء وتمة الدين نصف شيء بقي ثلث المال عشرة إلا نصف شيء فاقسمه بين الوصايا فيحصل للواجب أربعة إلا خمس شيء اضم إليها ثمنه يصير شيئا وأربعة إلا خمس شيء يصير عشرة وبعد الخبر نصير أربعة أخماس تعدل ستة فرد على الستة ربعا تكن سبعة ونصفها تعدل شيئا فالشيء سبعة ونصف ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربيع

التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصية الآخرين نصفين وبزاعم صاحب المائة صاحب التمام ولا يعطيه شيئاً لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها وماتت له ويجوز أن يزاعم به ولا يعطيه كالأخ من الابوين يزاعم الجد بالأخ من الأب ولا يعطيه شيئاً

(مسئلة) قال (وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو ربع ماله ولم يجر ذلك الورثة فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم : لعمرو سهم ولزيد سهمان)

وجملته أنه إذا أوصى بأجزاء من المال أخذتها من مخرجها وقامت الباقي على الورثة ، وإن لم يجزوا قسمت الثلث بين الوصياء على قدر سهامهم في حال الإجازة وقامت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا . هذا قول الجمهور منهم الحسن والنخعي ومالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأبي يوسف ومحمد . وقول أبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر : لا يضرب الموصى له في حال الرد بأكثر من الثلث لأن ما جاوز الثلث باطل فكيف يضرب به ؟ ولنا أنه فاضل بينهما في الوصية فلم يجز التسوية كما لو وصى بثلاث وربع أو بمائة ومائتين وماله أربع مائة وهذا يبطل ما ذكره ، ولأنها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فتنقسم بينهم على قدر الوصايا كالثلث والربع وليس الأمر على ما قالوه في بطلان الوصية فإن الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى ، ففي هذا إذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربعه فلا وصى لهما ثلاثة أرباع المال إن أجاز الورثة ويبقى لهم الربع ، وإن ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والمسئلة كلها من تسعة ، وإن أجازوا

وبقية المال ثمانية عشر وثلاثة أرباع ثلثها ستة وربع للدين خمسة أحد وربع إذا ضمت إليه تنتمه كل خمسة وللواجب اثنان ونصف بكل تنتمه وللصدقة اثنان ونصف ، وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكامله بين الوصايا بالقسط ثم ما بقي من الواجب أخذته من الورثة . وصاحب التبرع بالقسط ففي المسئلة الأولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة وفي المسئلة الثانية حصل للواجب أربعة يبقى له ستة وحصل للدين دينار وبقي له ثلاثة فيأخذان ما بقي لهما وذلك تسعة من الورثة نصفها وثلثها وذلك سبعة ونصف ومن صاحب التبرع سدسها دينار ونصفها للواجب منها ثلثاها وللدين ثلثها فإن أوصى بالواجب وأطلق فهو من رأس المال فيبدأ بإخراجه قبل التبرعات والميراث فإن كانت وصية ثم يتبرع فلصاحبها ثلث الباقي وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله لأنه إنما يملك الوصية بالثلث .

ولنا أن الواجب من رأس المال وليس في وصيته ما يقتضي تغييره فيبقى على ما كان عليه كما لو لم يوص به وقولهم لا يملك الوصية إلا بالثلث قلنا في التبرع وأما في الواجبات فلا ينحصر في الثلث

لا أحدهما دون صاحبه ضربت مسألة الرد في مسألة الاجازة وأعطيت المهاز له سهمه من مسألة الاجازة في مسألة الرد والمردود عليه سهمه من مسألة الرد مضروباً في مسألة الاجازة ، وان أجاز بعض الورثة لهما ورد الباقي عليهما أعطيت المهيمن سهمه من مسألة الاجازة في مسألة الرد ومن لم يجز سهمه من مسألة الرد مضروباً في مسألة الاجازة وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة ، وان انفتحت المسئلتان ضربت وفق إحداها في الاخرى ومن له سهم من إحدى المسئلتين مضروب في وفق الاخرى ، وان دخلت إحدى المسئلتين في الاخرى اجتزأت بأكثرهما في مسألة الخرق هذه إذا كان الورثة أما وثلاث أخوات منفردات فأجازوا فالمسئلة من أربعة : للوصيين ثلاثة يبقى سهم على ستة تضربها في أربعة تكن أربعة وعشرين ، وان ردوا فالوصيين الثالث ثلاثة ويبقى ستة على المسئلة وهي ستة وتصح من تسعة وان أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون وللآخر سهم في ثمانية ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وإن أجازت الام لهما ورد الباقي عليهما أعطيت الام سهماً في ثلاثة والباقي خمسة أسهم في ثمانية صار الجميع ثلاثة وأربعين يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة ، وان أجازت الاخت من الابوين وحدها فلها تسعة والباقي الورثة أربعة وعشرون ويبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون والآخر ثلاثة عشر

(فصل) اذا جاوزت الوصايا المال فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم مثل العول واجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة اذا زادت على المال ، وان ردوا قسمت الثلث بينهم على ثلث

ولا يتقيد به فان اوصى بالواجب وقرن به الوصية تبرع مثل ان يقول حجوا عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففيه وجهان (اصحهما) ان الواجب من راس المال لان الاقتران في اللفظ لا يدل على الاقتران في الحكم ولا في كفيته ولذلك قال الله تعالى (كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوه حقه يوم حصاده) والاكل لا يجب والاياء يجب ولانه ههنا قد عطف غير الواجب عليه فكما لم يستويا في الوجوب لا يلزم استواءهما في محل الاخراج (والثاني) انه من الثلث لانه قرن به ما مخرجه من الثلث والله سبحانه وتعالى اعلم .

(باب الموصى له)

تصح الوصية لكل من يصح تملكه من مسلم وذمي وحربي ومرتد ، أما صحة الوصية للمسلم والذمي فلا نعلم فيه خلافاً وبه قال شريح والشعبي والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي قال محمد بن الحنفية في قوله تعالى (إلا أن تفعلوا إلى أولياءكم معروفات) هو وصية المسلم لليهودي والنصراني ولان الهبة تصح له فصحت الوصية كالمسلم وتصح وصية الذمي للمسلم لانه اذا صحت وصية المسلم للذمي

السهم ، وهذا قول النخعي ومالك والشافعي ، قال سعيد بن منصور ثنا أبو معاوية ثنا عاصم الثقفي قال قال لي ابراهيم النخعي ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربع ماله ؟ قلت لا يجوز قال فانهم قد أجازوا قلت لا أدري ؟ قال امسك اثني عشر فأخرج نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر فلصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ، وكان أبو حنيفة يقول : يأخذ أكثرهم وصية مما يفضل به على من دونه ثم يتقسمون الباقي ان أجازوا وفي الرد لا يضرب لأحدهم بأكثر من اثلاث وان نقص بعضهم عن الثلث أخذ أكثرهم ما يفضل به على من دونه ، ومثال ذلك رجل أوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه فالمال بينهم على تسعة في الاجازة والثلث بينهم كذلك في الرد كسبعة فيهما زوج وأختان لأب وأختان لأم ، وقال أبو حنيفة : صاحب الثلثين يفضلهما بسدس فيأخذه وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب اثلاث بسدس فيأخذانه بينهما نصفين ويتقسمون الباقي بينهم أثلاثا ، ونصح من ستة وثلاثين : لصاحب الثلثين سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب الثلث ثمانية ، وإن ردوا قسم بينهم على ثلاثة ، ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بثلثه فالمال بينهما على أربعة إن أجازوا والثلث بينهما كذلك في حال الرد وعند أبي حنيفة إن أجازوا فلصاحب المال الثمان يتفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وإن ردوا اقتسما الثلث نصفين فلا يحصل لصاحب الثلث الا السدس في الاجازة والرد جميعا ، ولو جعل مكان الثلث سدسا لكان لصاحب المال خمسة أسداس في الاجازة ويقاسم صاحب السدس

فوصية الذمي للمسلم أولى وحكم وصية الذمي حكم وصية المسلم فيما ذكرناه ، وتصح الوصية للحربي وان كان في دار الحرب نص عليه أحمد وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا تصح وهو قول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلواكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم) الآية الى قوله (انما ينهاكم الله عن الذين قاتلواكم في الدين واخرجوكم من دياركم) الآية فدل على أن من قاتلنا لا يحل بره

ولنا انه تصح هبة فصحت الوصية له كالذمي وقد روي ان النبي ﷺ اعطى عمر حلة من حرير فقال يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ما قلت فقال « اني لم اعطكمها لتلبسها » فكساها عمر خاله مشركا بمكة وعن اسماء بنت ابي بكر قالت أتتني أمي وهي راغبة تعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله اتنى امي وهي راغبة افاصلها ؟ قال « نعم » وهذان فيهما صلة اهل الحرب وبرهم والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فانما هي عن توليه لا عن بره والوصية له وان احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة ثم قد حصل الاجماع على صحة الهبة للحربي والوصية في معناها .

فياخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس نصفه سهم من اثني عشر وفي الرد يقتسمان الثلث بينهما أثلاثا فيجعل لصاحب السدس السهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له في الاجازة وهذا دليل على فساده هذا القول لزيادة سهم الموصي له في الرد على حالة الاجازة ونحوي كان الموصي له حتى في حال الرد لا ينبغي أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا أخذه منه ولا صرفه الى غير ذلك مما قد يذهب اليه الجمهور نظيره مسائل العزل في الفرائض والمديون على المفاص وما ذكره لا نظير له مع أن فرض الله تعالى للوارث أكد من فرض الموصي ووصيته ثم إن صاحب الفصل في الفرض المفروض لا ينفرد بفضله فكذلك في الرصايا

(فصل) وإذا خلف اثنين وأوصى لرجل بماله كله ولا آخر بنصفه فالتمال بين الوصيين على ثلاثة ان اجازاء لانك إذا بسطت المال من جنس الكثير كان نصيبين فإذا ضمنت النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثا كمشكلة فيها زوج وأم وثلاث اخوات متفرقات فإذا ردوا فالثلث بينهما على ثلاثة ، وإن اجازوا لصاحب النصف وخدمه فاصحاب المال تسعان ولصاحب النصف التسع في أحد الوجهين لانه موصى له به وإنما منعه أخذه في حال الاجازة لهما مزاومة صاحبه فإذا زالت مزاومته أخذ جميع وصيته (والثاني) ليس له الا الثلث الذي كان له في حال الاجازة لهما لان ما زاد على ذلك انما كان حقا لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد عليه فأخذه الوارثان وإن

(مسئلة) (وتصح المرتد كأنصح الهبة له)

ذكره أبو الخطاب وقال ابن مومني لا تصح لان ماله غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كاليت ولان ماله يزول عن ماله برده في قول أبي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية (مسئلة) (وتصح لكتابه ومديره وأم ولده)

تصح الوصية للمكاتب سواء كان مكاتبه أو مكاتب وارثه أو مكاتب أجنبي سواء وصي له بجزء شائع أو معين لأن ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملك كون ماله ولانه ملك المال بالمعقود فصحت الوصية له كلجره فان قال ضعوا عن مكاتبني بعض ثمنائه أو بعض ماعياه وضعوا ماشاؤا وإن قال ضعوا عنه نجما من نجومه فلم يأن يضعوا أي نجم شاؤا أو سواء كانت نجومه ثمنه أو مخالفه لتناول المظله فان قال ضعوا عنه أي نجم شاء رجم الى مشيئته لأن سيده جعل المشيئة اليه وإن قال ضعوا عنه أكثر نجومه وضعوا عنه أكثرها مالا لانه أكبرها قدرا ، وإن قال ضعوا عنه أكثر نجومه وضعوا عنه أكثر من نصفها لأن أكثر الشيء يزيد على نصفه فان كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثا وإن كانت ستة وضعوا أربعة ويحتمل أن ينصرف الى واحد منها أكثرها مالا فان كانت نجومه سواء تعين القول الاول فان قال ضعوا عنه أوسط نجومه ولم يكن فيها الاوسط واحد تعين مثل ان تكون نجومه متساوية القدر والاجل وعدا مفرده فتعين الاوسط في العدد فان كانت خمسة تعين الثالث ، وإن كانت

أجاز لصاحب السكك وحده فله ثمانية أنساع على الوجه الأول والتسم للآخر ، وعلى الوجه الثاني ليس له الا الثلثان فلان كان له حال الاجازة لهما والتسمان للورثة فان أجاز أحد الابنين لهما دون الآخر فلا شيء له مجيز وللآخر الثلث والثلثان بين الوصيين على أربعة وان أجاز أحدهما لصاحب المال وحده فلا شيء للتسم وللآخر الثلث والباقي لصاحب المال في أحد الوجهين وفي الآخر له أربعة أنساع والتسم الباقي للمجيز وان أجاز لصاحب النصف وحده دفع اليه نصف ما يتم به النصف وهو تسم ونصف سدس في أحد الوجهين وفي الآخر يدفع اليه التسم فيصير له تسعان ولصاحب المال تسعان والمجيز تسعان والثلث الذي لم يجز ونصح من تسعة وعلى الوجه الأول تصح من ستة وثلاثين فله في لم يجز اثنا عشر والمجيز خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المال ثمانية وذلك لان مسألة الرد من تسعة لصاحب النصف منها سهم ، ولو أجاز له الابن كان له تمام النصف ثلاثة ونصف فاذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم وثلاثة أرباع سهم فيضرب بخرج الربع في تسعة يكن ستة وثلاثين

مسألة (وإذا أوصى لولد فلان فهو الذكر والانثى بالسوية وان قال لبنية فهو للذكور دون الاناث)

أما إذا أوصى لولده أو لولد فلان فانه للذكور والاناث والخنايا ولا خلاف في ذلك لان الاسم يشمل الجميع قال الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وقال تعالى (ما أخذ الله من ولد) في الذكر والانثى جميعاً ، وإن قال ابني أو ابنتي فلان فهو للذكور دون الاناث والخنايا هذا قول الجمهور وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وإسحاق وأبو ثور وهو للذكر والانثى جميعاً لانه لو أوصى ابني فلان وم قبله دخل فيه الذكر والانثى ، وقال الثوري إن كانوا ذكراً وأنا فهو بينهم وإن كن بنات لا ذكر معن فلا شيء لمن لانه متى اجتمع الذكور والاناث غلب لفظ التذكير ودخل فيه الاناث كلفظ المسلمين والمشركون

سبعة فالرابع فان كان عددها مزدوجاً وهي مختلفة المقدار في بعضها مائة وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المائتان فيتعين وان كانت متساوية القدر مختلفة الاجل مثل أن يكون اثنان الى شهر شهر واحد الى شهرين وواحد الى ثلاثة أشهر تعينت الوصية في الذي الى شهرين ، وإن اتفقت هذه المعاني في واحد تعين ، وإن كان لها أوسط في القدر وأوسط في الاجل وأوسط في العدد يخالف بعضها بعضاً ترجع الى قول الورثة ، وإن اختلفت الورثة والمكاتب في ارادة الموصي منها قال قول الورثة مع أيمانهم أنهم لا يعلمون ما أراد ، ومتى كان العدد وترأ فأوسطه واحد وإن كانت شفعاً كأربعة فأوسطه اثنان وهكذا القول فيما إذا أوصى بأوسط نجومه ، وإن قال ضعوا عنه ما يحف أو ما يشق أو ما يكثر رجع الى تقدير الورثة لان كل شيء يحف الى حيث ما هو أثقل منه ، ويشق الى حيث ما هو أخف منه ،

ولنا ان لفظ البنين يختص بالذكر قال الله تعالى (اصناف البنات على البنين؟) وقال تعالى (ام اتخذنا خلق بنات واصفاكم بالبنين؟) وقال (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وقال (المال والبنون زينة الحياة الدنيا) وقد اخبر انهم لا يشتهون البنات فقال (ويجمعون لله البنات سبحانه ولهم ما يشتهون واذا بشر احدهم بالاشي الآية وانما دخلوا في الاسم اذا صاروا قبيلة لان الاسم نقل فيهم عن الحقيقة الى العرف ولهذا نقول المرأة انا من بني فلان اذا انتسبت الى القبيلة ولا نقول ذلك اذا انتسبت الي ايها

(فصل) وان اوصى لبنات فلان دخل فيه الاناث دون غيرهن لانهم فيه خلافا ولا يدخل فيهن الحنثي المشكل لانا لانعلم كونه انثى

(فصل) وان اوصى لولد فلان او لبني فلان ولم يكونوا قبيلة فهو لولده لصلبه وامام اولاد اولاده فان كانت قرينة تدل على دخولهم مثل ان يوصى لولد فلان وليس له الا اولاد اولاده او قال ولا يعطى ولد البنات شيئا او قال الاولاد فلان او فضلوا ولد فلان على غيرهم ونحو ذلك دخلوا لان اللفظ يختص بهم والقرينة صارقة له اليهم فصار كالتصريح بهم وان دلت القرينة على اخراجهم فلا شيء لهم وان انتهت القرائن لم يدخلوا في الوصية لان اسم الولد حقيقة عبارة عن ولد الصلب فان قيل فقد دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم قلذكر مثل حظ الانثيين) قلنا انما دخلوا فيه اذا لم يكن ثم ابن من ولد الصلب ودخلوا مع الاناث على انهم انما يرثون ما فضل عن البنات على ما ذكر تفصيله في الفرائض ولا يمكن ذلك هاهنا فانتمني دخولهم ويحتمل ان يدخل ولد البنين في الوصية اذا لم تكن قرينة تخرجهم لانهم دخلوا في اسم الولد في كل موضع ذكره الله تعالى من الارث والحجب وغيره

(فصل) وان وصى لولد فلان او لبني فلان وهم قبيلة كبني هاشم وبني تميم دخل فيهم الذكر والانثى والحنثي ويدخل ولد الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم لان ذلك اسم للقبيلة ذكرها واثابها قال الله تعالى (يا بني آدم - ولقد كرمانا بني آدم) يريد الجميع وقال (ولقد آتينا بني اسرائيل الكتاب) وروى أن جوارمي من الانصار قلن شعر

نحن جوارم من بني النجار يا حنظلة محمد من جابر

كما قال أصحابنا فيها إذا أقر بمال عظيم أو كثير أو ثمين أو خفيف، وإن قال ضموا عنه أكثر ما عليه وضع عنه النصف وأدنى زيادة وإن قال ضموا عنه أكثر ما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة أرباع وأدنى زيادة وإن قال ضموا أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها فيصح في الكتابة ويبتل في الزيادة لعدم محلها وإن قال ضموا عنه ما شاء فشاء وضم كل ما عليه وضع لتناوله اللفظ فان قال ضموا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يضعوا عنه الكل، لان من للتبعض ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا في هذا الفصل.

ويقال امرأة من بني هاشم ، ولا يدخل ولد البنات فيهم لانهم لا ينتسبون الى القبيلة
(فصل) وان أوصى لاختوانه فهو للاناث خاصة وان أوصى لاختوته دخل فيه الذكر والانثى
جميعاً لان الله تعالى قال (وان كانوا إخوة رجالا ونساء) وقال (فان كان له إخوة فلأمه السدس)
وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى ، وان قال لعمومته فالظاهر انه مثل الاخوة يشمل الذكر
والانثى لانهم إخوة أبيه ، وان قال لبني اختوته أو لبني عمه فهو للذكور دون الاناث اذا لم يكونوا
قبيلة ، والفرق بينهما ان الاخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا
اللفظ وبنوا الاخوة والعم لم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الاولاد ، فاذا عدل عن اللفظ العام الى لفظ
البنين دل على ارادة الذكور ، ولان لفظ العمومة أشبه بانظ الاخوة ولفظ بني الاخوة والعم يشبه بني
فلان وقد دللنا عليهما بالحكم في تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبنبي العم والاخوة حكم ما ذكرنا في
ولد الولد مع القرينة وعددها

(فصل) والفاظ الجوع على أربعة أضرب (احدها) ما يشمل الذكر والانثى بوضعه كالاولاد
والقربة والعالمين وشبهه (والثاني) موضوع للذكور ويدخل فيه الاناث اذا اجتمعوا كلفظ المسلمين والمؤمنين
والقانتين والصابرين والصادقين والمؤمنين والمشركين والفاسقين ونحوه وكذلك ضمير المذكر كالواو في
قاموا والناء والميم في قيم وهم مفردة وموصولة والكاف والميم في لكم وعليكم ونحوه فهذا متى اجتمع الذكور
وعليه الاناث وغالب لفظ التذكير فيه ودخل فيه الذكر والانثى (الثالث) ضرب يختص بالذكر
كالبنين والذكور والرجال والفلمان فلا يدخل فيه الا الذكور (الرابع) لفظ يختص بالنساء كالنساء
والبنات والمؤمنات والصادقات والضمائر الموضوعة لهن فلا يتناول غير الاناث

(فصل) وان وصى للارامل فهو للنساء اللاتي فارقت أزواجهن بموت أو غيره . قال احمد في
رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لارامل بني فلان فقال قد اختلف الناس فيها فقال قوم هو

(مسألة) (وتصح الوصية لمدبره)

لانه يصير حراً حين لزوم الوصية فصحت الوصية له كأم ولد فان لم يخرج من التلث هو والوصية
جميعاً قدم عتقه على الوصية لانه أنفع له ، وقال القاضي يعتق بمضه ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه .
ولنا انه وصى لعبده وصية صحيحة فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال كالأوصى لعبده القن
بمشاع من ماله .

(مسألة) (وتصح الوصية لام ولده لانها حرة حين لزوم الوصية)

وقد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه انه أوصى لامهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف ، رواه سعيد
وروي ذلك عن عمران بن حصين ، وبه قال ميمون بن مهران ، والزهرى ، ويحيى الانصاري ،
ومالك ، والشافعي ، واسحق .

للرجال والنساء . والذي يعرف في كلام الناس أن الارامل النساء . وقال الشعبي . وإسحاق هو الرجال والنساء . وأنشد أحدهما

هذي الارامل قد قضيت حاجتها . فمن لا حاجة هذا الارمل الذكر ؟
وقال الآخر

أحب أن أصادف ظيئاً سخبلاً . رعى الريح والشتاء أرملاً
ولنا أن المعروف في كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصي إلا عليه . ولأن الارامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للمذكر لأن ما يختلف لفظ الذكر والاشئ في واحد مختلف في جمعه . وقد أنكر ابن الأنباري على قائل القول الآخر وخطأه فيه والشر الذي احتج به حجة عليه فإنه لو كان لفظ الارامل يشمل الذكر والاشئ لقال حاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان للمذكر والاشئ ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الاناث علم أنه موضوع لمن على الانفراد وسمي نفسه أرملاً تجاوزاً تشبيهاً بين ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر ويدل على إرادة المجاز أن اللفظ عند إطلاقه لا يفهم منه إلا النساء ولا يسمى به في العرف غيرهن وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ثم لو ثبت أنه في الحقيقة للرجال والنساء لكن قد خص به أهله العرف والنساء وهجرت به الحقيقة حتى صارت مضمورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها الحكم كسائر الالفاظ العرفية .

(فصل) فأما لفظه الايامي فهو كالارامل الا أنه لكل امرأة لا زوج لها قال الله تعالى (وانكحوا الايامي منكم) وفي بعض الحديث «أعوذ بالله من بوار الائم» وقال أصحابنا هو الرجال والنساء القبرين لا أزواج لهم لما روي عن سعيد ابن المسيب قال آمت حفصة بنت عمر من زوجها ، وآم عثمان من رقية وقال الشاعر

فان تنكحي انكح وان تنأحي وإن كنت أنى منك أنايم

﴿مسئلة﴾ (وتصح لعبد غيره) وتكون الوصية لسيده والقبول من العبد لأن العقد مضاف إليه أشبه ماله وهبه شيئاً فإذا قبل ثبت لسيده لأنه من كسب عبده وكسب العبد للسيد ولا يقتقر في القبول إلى إذن السيد لأنه كسب من غير إذن سيده كالاخطاب وهذا قول أهل العراق والشافعي ولاصحابه وجه آخر أنه يقتقر إلى إذن السيد لأنه تصرف العبد فهو كبيعته وشرائه

ولنا أنه تحصيل مال بغير عوض فلم يقتقر إلى إذنه كقبول الهبة وتحصيل المباح
(فصل) وإن وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه تقف على إجازة الورثة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وقال مالك إن كان يسيراً جاز لأن العبد يملك وإنما سيده أخذه من يده فإذا أوصى له بشيء يسيّر علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده .

ولنا أن العرف يخص النساء بهذا الاسم والحمد لله للاسم العرفي وقول النبي ﷺ «أعوذ بالله من بوار لايمة» إنما أراد به المرأة التي توصف بهذا وصفها وأمرها
(فصل) والعزائم الذين لأزواج لهم من الرجال والنساء يقال رجل عزب وامرأة عزبة
وانما هي عزبة لا أفراد وكل شيء انفرد فهو عزب. قال ذو الرمة يصف نورا من الوحش انفرد
يجلو البدر ارق عن مجمل زلق كأنه منقبي يلقى عزب

ويحتمل أن يختص العزب بالرجال لانه في العرف كذلك واليب والبكر يشترك فيه الرجل والمرأة قال النبي ﷺ «البكر بالبكر جلد مائة ونفسي مائة» واليب باليب جلد واحد والرحم والمانس من الرجال والنساء الذي كبر ولم يتزوج، قال قيس بن رفاعه الوافقي: «رب يلبس بالمانس»
فينا الذي هو ما إن طر شاربه والمانسون وفيما المرء والشيب
والكحول الذين جاوزوا الثلاثين قال الله تعالى (ويكلم الناس في المهد وكهلا) قال المفسرون
ابن ثلاثين مأخوذ من قولهم اكتمل النبات اذا تم وقوي ثم لا يزال كمالا حتى يبلغ خمسين ثم يشيع
ثم لا يزال شيعا حتى يموت
(فصل) واذا اوصى جماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم كالقبيلة العظيمة والفقراء والمساكين صلح
وأجزأ الدرع الى واحد منهم وبه قال الشافعي في أحد الوجهين الا أنه قال يدفع الى ثلاثة منهم لانه
أقل الجمع وقال أبو حنيفة لا تصح الوصية للقبيلة التي لا يمكن حصرها لانها يدخل فيها الاغنياء والفقراء
واذا وقعت للأغنياء لم تكن قربة واما تكون حقا لا دمي وحقوق الا دميين اذا دخلت فيها الجمالة
لم تصح كما لو أقر لجهول

ولنا أنها وصية لعبد وأرثه أشبه الوصية بالتكثير وما ذكره من ملك العبد ممنوع لا اعتبار به
فانه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه فهو كالسكير
(فصل) واذا وصى بعق أمته على أن لا تزوج ثم مات فقالت لا أتزوج عقت قال مروان
بعد ذلك لم يبطل عتقها وهذا مذهب الاوزاعي والليث وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لان
العق إذا وقع لم يمكن رفعه فان وصى لام ولد باللف على أن لا تزوج أو على أن يتيت مع ولده ففعلت
وأخذت الالف ثم تزوجت أو تركت ولده ففعلت وأخذت الالف تبطل وصيتها لانه قالت بشرط نفقات
الوصية، وفارق العتق فانه لا يمكن رفعه (والثاني) لا تبطل وصيتها وهو قول أصحاب الرأي لان وصيتها
صححت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالأولى
(مسئلة) (وتصح لعبد بمشاع كمنته فان خرج العبد من الوصية عتق واشتق بباقيته وان
لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث) (والثالث) لا تبطل وصيتها لانه قالوا ان لم يخرج من الثلث سقى في فميه ببقية
(الغني والشرح الكبير) (٦٠) (الحزم الباقين)

ولنا أن كل وصية صحت لجماعة محصورين صحت لهم وإن لم يكونوا محصورين كالفقراء ، وما ذكره غير صحيح فإن الوصية للأغنياء قربة وقد نذب النبي ﷺ إلى الهدية وإن كانت لغني وأما جواز الدفء إلى واحد فبني على الدفء في الزكاة وقد مضى الكلام فيه هناك

(مسألة) قال (والوصية بالحمل وللحمل جائزة إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية)

أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكاً بأن يكون رقيقاً أو حراً مملوكاً لأن الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية فجري مجرى إعتاق الحمل فإن انفصل ميتاً بطلت الوصية وإن انفصل حياً وعلينا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وإن لم يكن كذلك لم تصح لجواز حدونه ، ولو قال أوصيت لك بمحمل جاريتي هذه أو نائتي هذه أو نختاتي هذه جاز لما ذكرنا من صحتها مع الغرر ، وأما الوصية للحمل فصحيحة أيضاً لا نعلم فيه خلافاً وبذلك قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله إلى وارثه ، وقد سمي الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله

وقال الشافعي الوصية باطلة إلا أن يوصي بعقده لأنه أوصى لمال يصير للورثة فلم يصح كما لو وصى له بمعين .

ولنا إن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها لأنه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل استحققه لأنه يصير حراً فذلك الوصية فيصير كأنه قال أعتقوا عبدي من ثلثي واعطوه ما فضل منه ، وفارق ما إذا وصى له بمعين لأنه لا يتناول شيئاً منه على أن لئلا في الأصل المقيس عليه مناه .

(مسألة) (وإن وصى له بمعين كثوب أو دار أو مائة لم تصح الوصية في قول الأكثرين منهم الثوري وأصحاب الرأي والشافعي وإسحاق وذكر ابن أبي موسى رواية عن أحمد أنها تصح وهو قول مالك وأبي ثور وقال الحسن وابن سيرين إن شاء الورثة أجازوا وإن شاءوا ردوا

ولنا أن العبد يصير ملكاً للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه ، وفارق ما إذا وصى له بمشاع لما ذكرناه .

(مسألة) (وتصح الوصية للحمل إذا علم أنه كان موجوداً حين الوصية بأن تضعه لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها أو لأقل من أربع سنين إن لم يكن كذلك في أحد الوجهين) وفي الآخر لأقل من سنتين

لا نعلم في صحة الوصية للحمل خلافاً وبه قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين وقال سبحانه (فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصية له ولأن الوصية أوسع من الميراث فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فإذا ورث الحمل فالوصية له أولى ولأن الوصية تتعلق بخطر وغرر فتصح للحمل كالعتق فإن انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية لأنه لا يرث ولأنه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو ضرب دواء أو غيره لما بيننا من أنه لا يرث، وإن وضعته حياً صحت الوصية له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية قبل الحرق إذا أنت به لأقل من ستة أشهر، وليس ذلك شرطاً في كل حال لكن إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد يطؤها فانت به لستة أشهر فما درن علمنا وجرده حين الوصية وإن أنت به لاكثر منها لم تصح الوصية له لاحتمال حدوثه بعد الوصية، وإن كانت بائناً فانت به لاكثر من أربع سنين من حين الفراق وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وإن أنت به لأقل من ذلك صحت الوصية له لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستة أشهر وبحكم بوجوده إذا أنت به لأقل من أربع سنين من حين الفراق، وهذا مذهب الشافعي، وإن وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها صحت الوصية له مع اشتراط الحاقه به وإن كان متنعياً باللعان أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية له لعدم نسبه المشروط في الوصية فأما إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد إلا أنه لا يطؤها لكونه غائباً في بلد بعيد أو مريضاً بمنع الوطء أو كان أسيراً أو محبوساً أو علم الورثة أنه لم يطأها وأقروا بذلك فإن أصحاً لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما إذا كان يطؤها لأنهما لم يفترقا

وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كاتقائه إلى وارثه، وقد سمي الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وقال سبحانه (فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله) والحمل يرث فتصح الوصية له ولأن الوصية أوسع من الميراث لأنها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فإذا ورث الحمل فالوصية له أولى ولأن الوصية تتعلق بخطر وغرر فصحت للحمل كالعتق فإن انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية لأنه لا يرث ولأنه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك، وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو شرب دواء أو غيره لما بيننا من أنه لا يرث وإن وضعته حياً صحت الوصية له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية بأن تأني به لأقل من ستة أشهر إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد يطؤها فانت به لستة أشهر من حين الوصية فإن أنت به لاكثر منها لم تصح الوصية لاحتمال حدوثه بعد الوصية، وإن كانت بائناً فانت به لاكثر من أربع سنين من حين الفراق وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وإن أنت به لأقل من ذلك صحت الوصية لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستة أشهر وبحكم بوجوده إذا أنت به لأقل من أربع سنين من حين

ولد فلان صح فالوصية أولى لأنها تصح بالمعدوم والمجهول بخلاف الوقف ، قلنا الوصية أجريت بحرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا ما وجد فكذا الوصية والوقف يراد للدوام فمن ضرورته إيجابه للمعدوم (فصل) وإذا أوصى بخل امرأة فولدت ذكراً وأبناً فالوصية لهما بالسوية لأن ذلك عطية وهبة فأشبه مالاً وهبهما شيئاً بعد ولادتهما ، وإن فاضل بينهما فهو على ما قلنا كالوقف ، وإن قل إن كان في بطنها غلام فله ديناران وإن كان فيه جارية فلها ديناران فولدت غلاماً وجارية فأكل واحد منهما ما وصى له به لأن الشرط وجد فيه وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، ولو قال إن كان حملها أو أن كان ما في بطنها غلاماً فله ديناران وإن كانت جارية فلها ديناران فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته وإن ولدت غلاماً وجارية فلا شيء لهما لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما في البطن وبهذا قال أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي وأبو ثور

(فصل) وإن أوصى بشجرة أو غلة دار أو خدمة عبد صح سواء وصى بذلك في مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله هذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا تصح الوصية بالمنفعة لأنها معدومة ولنا أنه يصح تملككم بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان ويتهر خروج ذلك من ثلث المال نص عليه أحمد في سكني الدار وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها فإن لم يخرج من الثلث أجزأ منها بقدر الثلث وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك إذا أوصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين تسليم ثلث المال ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور

ويصح حبه ، وفيه وجه آخر أنه إذا أنت به لا أكثر من سنتين إذا كانت بائناً لا ثبت له الوصية بناء على أن أكثر مدة الحمل سنتان

مسألة () وإن وصى لما تحمل هذه المرأة لم يصح وقال بعض أصحاب الشافعي تصح كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية ولنا أن الوصية تملك فلا تصح للمعدوم بخلاف الموصى به فإنه يملك فلم يعتبر وجوده ولأن الوصية جرت بحرى الميراث ولو مات انسان لم يرثه من الحمل إلا من كان موجوداً كذلك الوصية ، ولو تجدد للميت مال بعد موته بأن يسقط في شبكته صيد لورثته ورثته ولذلك قضينا بقبول الإرث في ديتهم وهي تتجدد بعد موته بخلاف تملك الوصية ، فإن قيل قلوا وقف على من يحدث من ولده أو ولد فلان صح فالوصية أولى لأنها تصح بالمعدوم والمجهول بخلاف الوقف ، قلنا الوصية أجريت بحرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا ما يوجد فكذلك الوصية ، والوقف يراد للدوام فمن ضرورته إيجابه للمعدوم (فصل) وإذا وصى بخل امرأة فولدت ذكراً وأبناً فالوصية لهما بالسوية لأن ذلك عطية وهبة فأشبه مالاً وهبهما شيئاً بعد ولادتهما ، وإن فاضل بينهما فهو على ما قلنا كالوقف ، وإن قال إن كان في

إذا أوصى بخدمة عبده سنة فإن العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة فإن أراد الورثة يوم العبد يوم على هذا

ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها إن خرجت من الثلث أو بقدر ما يخرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان . إذا ثبت هذا ففي أريد تقويمها فإن كانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها ، وإن كانت الوصية مطلقة في زمان كله فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعتهما جميعاً وبه تهر خروجهما من الثلث لأن عبداً لا منفعة له وشجراً لا ثمر له لا قيمة له غالباً ، وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له وصفة ذلك أن يقوم العبد بمنفعته فإذا قيل قيمته مائة قيل كم قيمته لا منفعة فيه ؟ فإذا قيل عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون

(فصل) وإن أراد الموصى له اجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها جازوا به قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز اجارة المنفعة المستحقة بالوصية لأنه إنما أوصى له باستيفائه ولنا أنها منفعة يملكها المالك تماماً فذلك أخذ العرض عنها بالأعيان كما لو ملكها بالاجارة وإن أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد فله ذلك وبه قال أبو ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يخرجوه إلا أن يكون أهله في غير البلد فيخرجوه إلى أهله . ولنا أنه مالك لمنعه فذلك إخراجهم كالمسئجر (فصل) وإذا أوصى له بشجرة شجرة مدة أو بما يثمر أبداً لم بذلك واحد من الموصى له

بطنها غلام فله ديناران وإن كانت فيه جارية فلها دينار فولدت غلاماً وجارية فلكل منهما ما وصى له به لأن الشرط وجد فيه ، وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، ولو قال إن كان حهماً أو إن كان مافي بطنها غلاماً فله ديناران وإن كانت جارية فلها دينار فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، وإن ولدت غلاماً وجارية فلا شيء لهما لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما في البطن ، وبه قال أصحاب الرأي والشافعي وأبو ثور .

(مسئلة) (وإن قتل الوصي الموصي بطلت الوصية وإن جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح لم تبطل في ظاهر كلامه وقال أصحابنا في الوصية للقاتل روايتان)

اختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ، فقال ابن حامد يجوز الوصية له واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلاً خطأ فمات المجروح فقال أحمد تعتبر من الثلث قال وهذه وصية لقاتل وهو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأظهر قول الشافعي لأن الهبة له تصح فصحت الوصية له كالذمي وقال أبو بكر لا تصح الوصية له فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده بطل تديره والتدير وصية وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية ، فالوصية

والوارث اجبار الآخر على سقيها لانه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره ، وان أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه ، وإذا بئست الشجرة كان حطبها لوارث وان وصى له بثمرتها سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للموصى له ، وإن قال لك ثمرتها أول عام تضرع وله ثمرتها أول عام تضرع وكذلك إذا أوصى له بها تحمل جاريته أو شاته ، وإن وصى لرجل بشجرة ولا آخر بثمرتها صح وكان صاحب الرقبة قائماً مقام الوارث وله ماله ، وان وصى له بأبن شاة وصرفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة وان وصى بأبنها خاصة أو صرفها خاصة صح ويقوم الموصى به دون الدين (فصل) فاما نفقة العبد الموصى بخدمته وسائر الحيوانات الموصى بنفعها فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبة هذا الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لا حسد وهو قول أبي ثور وظاهر مذهب الشافعي لان النفقة على الرقبة فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر وكألو لم يكن له منفعة . قال الشريف ولان الفطرة تلزمه والفطرة تنبم النفقة وجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه ، وباحتمل أن يجب على صاحب المنفعة وهو قول أصحاب الرأي والاصطخري وهو أصح إن شاء الله لانه يملك نفقه على التأييد فكانت النفقة عليه كالأزواج ولان نفقه له فكان عليه ضره كالملك لها جميعاً يحتمل أن إيجاب النفقة على من لا نفق له ضرر مجرد فيصير معنى الرقبة أوصيت لك بنفع عبدي وأبقيت على ورثتي ضره وان وصى بنفعه لانسان ولا آخر برقبة كان معناه أوصيت لهذا بنفعه ولهذا بضره والشرع ينفي هذا بقوله لا ضرر ولا ضراره ولذلك جهل الخراج بالضمان ليكون ضره على من له

أولى ، ولان الوصية أجريت بحرى الميراث فمنها ما ينمعه وقال أبو الخطاب ان وصى له بعد جرحه صح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعاً بين نصي احمد في الموضعين ، وهو قول الحسن بن صالح وهذا قول حسن ، لان الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها لم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما إذا تقدمت فان القتل طرأ عليها فأبطلها فانه يبطل ما هو آكد منها ، بحققة ان القتل إنما يمنع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فمورض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفعاً لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطاريء عليه أيضاً وهذا المعنى متحقق في القتل الطاريء على الوصية فانه ربما استعجلها بقتله وفارق القتل قبل الوصية لانه لم يقصده استعجال مال لعدم انعقاد سببه والموصي راض بالوصية له بعد ما صدر منه في حقه وعلى هذا لا فرق بين الخطأ والعمد كما لا تفرق الحال بذلك في الميراث .

(مسألة) (وإن وصى لصنف من أصناف الزكاة أو لجميع الاصناف صح)

لأنهم من أبواب البر فصحت لهم كغيرهم ويعطى كل واحد منهم القدر الذي يعطاه من الزكاة قياساً عليها ، لان المطلق من كلام الآدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أطلق الله تعالى أعطاهم من الزكاة حمل على ذلك كذلك هذا

نفعه ، وفارق المستأجر فان نفعه في الحقيقة للمؤجر لانه يأخذ الاجر عوضا عن منافعه وقيل تجب نفقة في كسبه وهذا راجع الى إيجابها على صاحب المنفعة لان كسبه من منافعه فاذا صرف في نفقته فقد صرف المنفعة الموصى بها إلى النفقة فصار كما لو صرف اليه شيء من ماله سواء

(فصل) وإذا أعتق الورثة العبد عتق ومنفعته باقية الموصى له بها ولا يرجع على المعتق بشيء وان أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لان المعتق للرقبة وهو لا يملكها وان وهب صاحب المنفعة العبد وأسطعها عنه فللورثة الانتفاع به لان ما يوهب للعبد يكون لسيده وان اراد صاحب الرقبة بيع العبد فله ذلك ويباع مملوك المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيها له وعليه وقيل لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لان مالا منفعته فيه لا يصح بيعه كالخشرات والنباتات وقيل يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لان مالك منفعته يجمع له الرقبة والمنفعة فيندفع بذلك بخلاف غيره ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره وكذلك بيع الزرع لصاحب الارض

ولنا انه عبد مملوك تصح الوصية به فصح بيعه كغيره ولانه يمكنه اعانته وتحصيل ولائه وجرولاه من ينجر ولاؤه بنفعه بخلاف الخشرات. وان وصى لرجل برقبة عبد ولا آخر بنفعه صح رقام الموصى له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا وبهذا قال الثاني وابو ثور واصحاب الرأي

(فصل) واذا وصى لرجل بمنفعة امته فأنت بولد من زوج أوزنا فهو مملوك حكمه حكمه لان الولد يقع الام في حكمها كولد المكاتبة والمدبرة وبمقتضى ان يكون للمالك الرقبة لان ذلك ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها وان وطئت بشبهة فأوجب المهر على الواطئ. لصاحب

قال شيخنا واذا وصى لاصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين يستحقون الزكاة وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية ، كما لو وصى لثلاث قبائل ، والفرق بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد ان آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع اليه والوصية أريد بها بيان من يجب الدفع اليه ، ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد في ظاهر المذهب لانه لا يمكن استيعابهم وحكي هذا عن اصحاب الرأي وعن محمد بن الحسن انه قال لا يجوز الدفع الى أقل من اثنين ، وعن أحمد رواية ثانية انه لا يجوز الدفع الى أقل من ثلاثة من كل صنف حكاهما أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي وقد ذكرنا ذلك وأدلته في الزكاة ولا يجوز الصرف الا الى المستحق من أهل بلده كما ذكرنا في الزكاة (فصل) وإذا وصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين وكذلك إن وصى للمساكين دخل فيهم الفقراء لانهم صنف واحد في غير الزكاة الا أن يذكر الصنفين جميعاً فيدل ذلك على أنه أراد المغارة بينهما ، ويستحب تعميم من أمكن مهم والدفع اليهم على قدر الحاجة والبداية بأقرب الموصي كما ذكرنا في الزكاة .

(مسألة) وإن وصى لكتبة القرآن أو العلم أو لمسجد أو لفرس حبيس ينفق عليه صح لان ذلك قرينة يصح بذل المال فيه ، نصحت الوصية له كالوصية للفقراء فان مات الفرس رد الموصى به

المنفعة عند اصحابنا وعندى انه لصاحب الرقبة لان منافع البضع لا تصح الوصية بها منفردة ولا مع غيرها ولا يجوز نزلها مفردة عن الرقبة بغير التزويج وانما هي تابعة للرقبة فتكون لصاحبها ولا يستحق صاحب المنفعة اخذ بدلها وان أنت بولد فهو حر وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في احد الوجبين وفي الآخر يشترى بها عبد يقوم مقامه وليس للوارث ولا لصاحب المنفعة وطؤها لان صاحب المنفعة لا يملك رقبتها ولا هو زوج لها ولا يباح الوطء بغيرها لقول الله عز وجل (الا على ازواجهم او ما ملكت ايمنهم) وصاحب الرقبة لا يملكها ملكا تاما لا يأمن ان تحبل منه فربما افصى الى اهلاكها وايها وظنها فلا حد عليه لانه وطء بشبهة لوجود الملاك لكل واحد منها فيها وولده حر لانه من وطء بشبهة فان كان الواطيء مالك المنفعة لم تصرام ولده لانه لا يملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه، وحكمها على ما ذكرنا فيما اذا وطئها غيرها بشبهة، وان كان الواطيء مالك الرقبة صارت ام ولده لانه علقته منه بجر في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجبان، واما المهر فعندي انه ان كان الواطيء مالك الرقبة فلا مهر عليه وله المهر على صاحب المنفعة اذا كان هو الواطيء، وعند اصحابنا واصحاب الشافعي بعكس ذلك فيهما وقد تقدم تمايل ذلك ويحتمل ان يجب الحد على صاحب المنفعة اذا وطئ لانه لا يملك الا المنفعة فلزمه الحد كالسنة فجر فعلى هذا يكون ولده مملوكا

(فصل) وليس لواحد منها تزويجها لان مالك المنفعة لا يملك رقبتها ومالك الرقبة لا يملك تزويجها لما فيه من ضرر لصاحب المنفعة بتزويجها فان طلبت ذلك لزم تزويجها لانه لحقها وحقها في ذلك مقدم عليها بدليل انها او طلبته من سيدها الاى يملك رقبتها ونفها اجبر عليه وقدم حقها على حقها وكذلك ان اتفق على

أو باقية الى الورثة لانه عين للوصية جهة فاذا فانت عادت الى الورثة كما لو وصى أن يشتري عبد زيد فيعتق فمات العبد أو لم يبعه سيده أو تعذر شراؤه، وان أنفق بض الدراهم ثم مات انقرض بطلت الوصية في الباقي كما لو وصى بشراء عشرين معينين فاشترى أحدها ومات الآخر قبل شرائه قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل أيجعل في الحج منها؟ قال لا، انما يعرف الناس السبيل الغزو.

(فصل) اذا قال يخدم عبدي فلان سنة ثم هو حر صحت الوصية فان قال الموصى له بالخدمة لا أقبل الوصية أو قال قد وهبت الخدمة لم يعتق في الحال وهذا قال الشافعي، وقال مالك ان وهب الخدمة للعبد عتق في الحال. ولنا أنه أوقع العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصية

(فصل) وان وصى أن يشتري عبد زيد بخمسة فيعتق فلم يبعه سيده فالتسمانية للورثة وكذلك ان امتنع عن بيعه بالتسمانية أو تعذر شراؤه بموته أو لعجز الثلث عن ثمنه فالتن للورثة لان الوصية بطالت

تزوجها قبل طلبها جاز ووايها في الموضعين مالك رقبته لانه مالهما والكلام في مهرها وولدها على ما تقدم في الفصل الذي قبله

(فصل) وان قتل العبد الموصى بنفعه وجبت قيمته يشتري بها ما يقرم مقام الموصى به لان كل حق تعلق بالعين تعلق ببدنها اذا لم يبطل سبب استحقاقها، ويفارق الزوجة والعين المستأجرة لان سبب الاستحقاق يبطل بنافهما ويحتمل ان تجب القيمة لاوارث أو مالك الرقبة وتبطل الوصية لان القيمة بدل الرقبة فتكون لصاحبها وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل بالاجارة

(فصل) واذا اوصى لرجل بحب زرع ولا آخر بذته صح والنفقة بينهما لان كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع فان امتنع احدهما من الانفاق فيها بمنزلة الشربكين في اصل الزرع اذا امتنع احدهما من سقيه والانفاق عليه في ذلك وجهان (احدهما) يجبر على الانفاق عليه هذا قول ابي بكر لان في ترك الانفاق ضرراً عليها واضاعة المال وقد قال النبي ﷺ لا ضرر ولا ضرار، ونهى عن اضاعة المال (والوجه الآخر) لا يجبر لانه لا يجبر على الانفاق على مال نفسه ولا مال غيره اذا كان كل واحد منهما منفرداً فيكذلك اذا اجتمعا. واصل الوجهين اذا استهدم الحائط المشترك فدعا احد الشريكين الآخر الى مياناته فامتنع وبني على ان تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في اصل الزرع

(فصل) وإن أوصى له بخاتم ولا آخر بنفسه صح وايس لواحد منهما الاتفاق به الا باذن صاحبه وأيهما طالب قلم الفضي من الخاتم أجيب اليه وأجبر الآخر عليه وإن اتفقا على بيعه أو اصطالحا على لبسه جاز لان الحق لها لا يدرهما

لتعذر العمل بها فأشبهه مالو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بعده ولم يدع وارثاً ولا يلزم الورثة شراء عبد آخر لان الوصية لمعين فلا تصرف الى غيره فان اشتروه بأقل من ذلك فالباقي للورثة وقال الثوري يدفع جميع الثمن الى سيد العبد لانه قصد ارفاقه بالثمن ومحاباته فأشبهه مالو قال يعقوب عبيدي بخمسائة وقيمتها أكثر منها وكما لو وصى أن يحج عنه فلان بخمسائة وهي أكثر من أجر المثل وقال اسحاق يجعل بقية الثمن في العتق كما لو وصى أن يحج عنه بخمسائة رد ما فضل في الحج ولنا أنه أمر بشرائه بخمسائة فكان ما فضل من الثمن راجعاً اليه كما لو وكل في شرائه في حياته وفارق ما اذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسائة لان القصد ثم ارفاق الذي يحج بالفضلة، وفي مسئلتنا المقصود العتق، ويفارق ما اذا أوصى أن يحج عنه بخمسائة لغير معين لان الوصية ثم للحج مطلقاً فتصرف جميعها فيه وهما لمعين فلا تعداه، وقوله انه قصد ارفاق زيد ومحاباته به قلنا ان كان ثم قرينة تدل على ذلك اما لكون البائع صديقه أو ذا حاجة أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا أو كان يعلم حصول العبد بدون الخمسائة لقلّة قيمته فانه يدفع جميع الثمن الى زيد كما لو صرح بذلك فقال ادفعوا اليه جميعها

(فصل) وإن أوصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران صح فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منهم منه لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار، وإن كانت الدار لا تخرج من الثلث فلهم بيع ما زاد عليه وعليهم ترك الثلث فإن كانت غلته ديناراً أو أقل فهو للموصى له وإن كانت أكثر فله دينار والباقي للورثة

(فصل) وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجلل الشارد والطير في الهواء والسماك في الماء، لأن الوصية إذا صحت بالمعذوم فبذلك أولى ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيرصى به فإن قدر عليه أخذه وسلمه إذا خرج من الثلث وللوصي السعي في تحصيله فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر فهي بينهما)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى له بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ولا يكون ذلك رجوعاً في الوصية الأولى وبهذا قال ربعة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال جابر ابن زيد والحسن وعطاء وطارس وداود وصيته الآخر منهما لأنه وصى لثاني بما وصى به للآخر فكان رجوعاً كما لو قال ما وصيت به لبشر فهو لبكر ولأن الثانية تنافي الأولى فإذا أتى بها كان رجوعاً كما لو قال هذا لورثتي

وإن بذله بدونها وإن عدت هذه القرائن فالظاهر أنه إنما قصد العتق وقد حصل فكان الثمن عائداً إلى الورثة كما لو أمره بالشراء في حياته قال شيخنا وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) ولو وصى أن يشتري عبد بألف فبعث عنه فلم يخرج من ثلثه اشتري عبد بالثلث وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تبطل الوصية لأنه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للمورث شراء بدونها كالوكيل . ولنا أنها وصية يجب تنفيذها إذا احتملها الثلث فإذا لم يحتملها أوجب تنفيذها فيما حمله كما لو وصى بعتق عبد فلم يحمله الثلث، وفارق الوكالة فإنه لو وكله في اعتاق عبد لم يملك اعتاق بعضه، ولو وصى إليه باعتاق عبد أعتق منه ما يحتمله الثلث فإن حمله الثلث فاشترأ وأعتقه ثم ظهر على الميت دين يستغرق المال فالوصية باطلة ويرد العبد إلى الرق إن كان اشتراء بعين المال لأننا تبينا أن الشراء باطل لكونه اشتري بمال مستحق للفرء بغير إذنهم وإن كان اشتراء في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه لا يرجع به على أحد لأن البائع ما غره إنما غره الموصي ولا تركه له فيرجع عليها وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لأن الدين غرمه بتغريب الموصي فيرجع به عليه فإذا كان ميتاً لزمه في تركته كإرش جنائته

ولنا أنه وصى لهما بها فاستويا فيها كما لو قال لهما وصيت لكما بالجارية وما قالوا عليها صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر وفي مسئلتنا يحتمل أنه قصد التبريك فلم تبطل وصية الآخر بانك (فصل) وإن وصى بعد لرجل ثم وصى لآخر بثله فهو بينهما أرباعاً رعي على قول الآخرين يذفي أن يكون ذني ثمة كما لا وإن وصى بعده لاثنين فرد أحدهما وصيته فللآخر نصفه وإن وصى لاثنين بثني ماله فرد الورثة ذلك ورد أحد الوصيين وصيته فللآخر الثلث كما لا لانه وصى له به منفرداً وزالت المزاخمة فكل له كما لو انفرد به

(فصل) إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث فرد الوارث الوصيتين وكان الوارث رجلاً عاقلاً عدلاً وشهد بالوصية حلف معه الموصي له واشتركا في الثلث وبهذا قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لا يشارك المقر له بناءً منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين رواه مسلم ، وإن كان المقر لبس بعدل أو كان امرأة فالثالث لمن ثبت له البينة لأن وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بينة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث أو بهذا العبد وأقر لفلان به بكلام متصل فالمقر به بينهما وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً ، وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل إقراره لانه يثبت للأول بإقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص بحق الأول إلا أن يكون عدلاً فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للأول بينة وإن أقر لثاني في المجلس بكلام متصل ففيه وجهان

(فصل) وإن وصى بشراء عين وأطلق أو ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لأن الوصية لا بد لها من مستحق ولا مستحق ههنا فإن وصى ببيعه بشرط العتق صححت الوصية ويبع كذلك لأن في البيع نفعاً للعبد بالعتق فإن لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لتعذرها كما لو وصى بشراء عبد يعتق فلم يبعه سيده ، وإن وصى ببيعه لرجل بيمينه بمن معلوم يبع لانه قصد إرفاقه بذلك في الغالب وإن لم يسم ثمناً يبع بقيمته وتصح الوصية لكونه قصد إيصال العبد المعين إلى رجل بيمينه فيحتمل أن يتعلق الغرض بإرفاق العبد بإيصاله إلى من هو معروف بحسن الملك واعتاق الرقاب ويحتمل أن يريد إرفاق المشتري بمعنى يحصل له من العبد فإن تعذر بيعه لذلك الرجل أو أبي أن يشتريه بالثمن أو بقيمته إن لم يمين الثمن بطلت الوصية

﴿مسئلة﴾ (وإن وصى في أبواب البر فقال شيخنا يصرف في القرب كلها)

لأن اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومته ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل ، وقيل عن أحمد تصرف في أربع جهات في الأقارب والمساكين والحج والجهاد ، وعنه فداء الأسرى مكان الحج لأن الصدقة على الأقارب صدقة وصلة والمساكين مصارف الصدقات والزكاة والحج والجهاد من أكبر

(أحدهما) لا يقبل لان حق الاول ثبت في الجيم فأشبهه ما لو أقر له في مجلس آخر (والثاني) يقبل لان المجلس الواحد كالحال الواحدة فان الحرقى قال واذا خلف ابنا وألف درهم فأقر بها لرجل ثم أقر بألف لآخر فان كان في مجلس واحد فالألف بينهما وإن كان في مجلسين فهي للاول ولا شيء للثاني والاول أقيس لان حق الاول ثبت في اثبات كمالا لا قراره به منفرداً فأشبهه ما لو كان في مجلسين وكما لو أقر بدراهم ثم سكت ثم قال زيوفاً أو صغاراً أو الى شهر أو كما لو استثنى مما أقر به بكلام منفصل في المجلس

﴿مسئلة﴾ (وان قال ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كانت لبكر)

هذا قولهم جميعاً وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو أيضاً على مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً لانه صرح بالرجوع عن الاول بذكره ان ما أوصى به مردود إلى الثاني فأشبهه ما لو قال رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبكر بخلاف ما إذا أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر فإنه يحتمل انه قصد التثريب بينهما وقد ثبتت وصية الاول يقيناً فلا تزول بالشك (فصل) وان قال ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعاً في القدر الذي وصى به للثاني خاصة وبقيته للاول

(فصل) وأجمع أهل العلم على ان لا رضى أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه إلا الوصية بالاعتاق والاكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضاً. روي عن عمر رضي الله عنه انه قال يغير الرجل

شعائر الاسلام وفداء الاسرى من أعظم القربات، وقد نقل المروذي عن أحمد فيمن أوصى بثلثه في أبواب البر يجزأ ثلاثة أجزاء جزء في الجهاد وجزء يتصدق به في أقاربه وجزء في الحج وقال في رواية أبي داود الغزو يبدأ به وحكي عنه أنه جعل جزءاً في فداء الاسرى، قال شيخنا وهذا والله أعلم ليس على سبيل الزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها لان اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومته ولانه ربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق فقد تدعو الحاجة الى تكفين ميت وإصلاح طريق واعتاق رقبة وقضاء دين وإغاثة ملهوف أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً وتعباً كأن الله تعالى قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله تعالى فتقديم هذا على مصلحته ظاهرة والحاجة اليه داعية بنير دليل تحكم لا معنى له

(فصل) وان قال ضع ثلثي حيث أراك الله فله صرفه في أي جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملاً بمقتضى وصيته وذكر القاضي أنه يجب صرفه الى الفقراء والمساكين، والافضل صرفه الى فقراء أقاربه فان لم يجد فالى محارمه من الرضاع فان لم يكن فالى جيرانه وقال أصحاب الشافعي يجب ذلك لانه رده الى اجتهاده فيما فيه الحظ وهذا أحظ

ولما أنه قد يرى غير هذا أهم منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم ونقل أبو داود عن أحمد

ما شاء من وصيته وبه قال عطاء. وجابر بن زيد والزهرى وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور، وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يغير منها ما شاء إلا العتق لأنه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالندير

ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها كهيئة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه، وفارق الندير فإنه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة

(فصل) ويحصل الرجوع بقوله رجعت في وصيتي أو أبطأتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتي أو في ميراثي، وإن أكله أو أطعمه أو أنلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه أو جارية فأحبها أو ما أشبه هذا فهو رجوع، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنا إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأأنلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبها أو أولدها أنه يكرز رجوعا، وحكي عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة

ولنا أنه أزال ملكه عنه فكأن رجوعا كما لو وهبه، وإن عرضه على البيع أو وصي ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى باعته أو دبره كان رجوعا لأنه يدل على اختياره للرجوع بمرضه على البيع وإيجابه للهبة ووصيته ببيعه أو اعتاقه لكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى والكتابة يوم والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينبجزم بالموت فيسبق أخذ الموصى له، وإن رهنه كان رجوعا لأنه علق به

أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محاييج فلم يوص لهم بشيء ولم يرثوا فإنه يبدأ بهم قائم أحق قال وسئل عن النصراني يوصي بثلثه لفقراء من المسلمين أيعطى أخوته وهم فقراء؟ قال نعم هم أحق يعطون خمسين درهما لا يزدادون على ذلك يعني لا يزداد كل واحد منهم على ذلك لأنه القدر الذي يحصل به الفنى

(مسئلة) (وإن وصى أن يحج عنه بألف صرف في حجة بعد أخرى حتى ينفذ)

إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال صرف جميع ذلك في الحج إذا حمه الثلث لأنه وصى به في جهة قربة فوجب صرفه فيها كما لو وصى في سبيل الله تعالى وليس للوصي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل لأنه أعلق له التصرف في المعاوضة فاقتضى عوض المثل كالتوكيل في البيع ثم لا يخلو إما أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو ناقصا فيحج به من حيث يبالغ في ظاهر نصوص أحمد فإنه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج ولا تبلغ النفقة فقال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته وهذا قول الغنبري وقال القاضي إمام به في الحج وهو قول سوار القاضي حكاه عنه الغنبري وعن أحمد أنه مخير في ذلك فإنه قال في

حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه لا يزيل الملك فأشبهه أجارته وكذلك الحكم في الكتابة

(فصل) وإن وصى بحب ثم طعنه أو بدقيق فعجنه أو بهجين فخرزه أو بمجنز ففنته أو جعله فتيتا كان رجوعاً لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال فدل على رجوعه وهذا قال الشافعي ، وإن وصى بكنان أو قطن ففرله أو بغزل ففسخه أو بثوب فقطعه أو بنقرة فضررها أو شاة فذبجها كان رجوعاً ، وهذا قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبي ثور لأنه لا يزيل الاسم . ولنا أنه عرضه للاستعمال فكان رجوعاً كأنني قبلها ولا يصح قوله أنه لا يزيل الاسم فإن الثوب لا يسمى غزلاً والغزل لا يسمى كناناً

(فصل) وإن وصى بشيء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعاً لأنه يتعذر بذلك تسليمه فيدل على رجوعه ، فإن خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعاً لأنه يمكن تسليمه ، وإن وصى بقبز قح من صبرة ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعاً سواء خلطها بمثلها أو بمجنز منها أو دونها لأنه كان مشاعاً وبقي مشاعاً . وقيل إن خلطه بمجنز منه كان رجوعاً لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما إذا خلطه بمثله أو دونه

(فصل) وإذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي مثل أن سقط الحب في الأرض فصار زرعاً أو انهدمت الدار فصار تفضاً في حياة الموصي بطلت الوصية بها لأن الباقي لا يثنأله الاسم ، وإن كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت إليه دون ما انفصل منها لأن الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل ، ويتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع

رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها: أرى أن يؤخذ ثلث مالها فيعان به في الحج أو يحج به من حيث يبلغ فإن كان يفضل عن الحجة دفع في حجة ثانية وثالثة إلى أن ينفذ أو يبقى مالا يبلغ حجة فيحج به من حيث يبلغ أو يعان به في الحج على ما ذكرنا من الخلاف فيه ولا يستتيب في الحج مع الامكان إلا من بلد الحجوج عنه لأنه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنيوب عنه لحج منه فإن كان الموصى به لا يحمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعاً فإن كان فرضاً أخذ أكثر الأمرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض إن كان قد أوصى بالثلث فإن كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعاً حتى ينفذ كما ذكرنا من قبل ، وإن كان الثلث أقل ثم قدر ما يكفي الحج من رأس المال وبهذا قال عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهري والشافعي وأسحاق قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعي والشمسي وحامد بن أبي سليمان وأبو حنيفة وداود ابن أبي هند إن وصى بالحج من ثلثه والا فليس على ورثته شيء فملى قولهم أن لم ينف الثلث بالموصى به والا لم يزد على الثلث لأن الحج عبادة فلا يلزم الوارث بالصلاة

(فصل) رات جعد الوصية لم يكن رجوعاً في أحد الزوجين ، وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين ولأنه عقد فلا يطل بالجرد كسائر العقود (والثاني) يكون رجوعاً لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصي له ، وإن غسل الثوب أو لبسه أو جصص الدار أو سكنها أو أجر الأمة أو زوجها أو عليها أو وطنها لم يكن رجوعاً لأن ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يدل على الرجوع ويحتمل أن وطأ الأمة رجوع لأنه يعرضها للخروج عن جواز النقل والاول أولى لأنه انتفاع لا يزيل الملك في الحال ولا يغني اليه يقينا فأشبهه لبس الثوب فإنه ربما أتلفه وليس برجوع

(فصل) نقل الحسن بن ثواب عن أحمد في رجل قال هذا ثوبي فلان ويعطى فلان منه مائة في كل شهر الى أن يموت فهو الآخر منهما ويعطى هذا مائة في كل شهر فان مات وفضل شيء رد الى صاحب الثالث فحكم الوصية وانفاذها على ما أمر به الموصي

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن كتب وصية ولم يشهد فيها حكم بها ما لم يعلم رجوعه عنها)

نص أحمد على هذا في رواية اسحاق بن ابراهيم فقال من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد فيها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها . وروي عن أحمد أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المحتومة حتى يدعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقر بما فيها وبهذا قال الحسن وأبو قلابة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن الحكم لا يجرز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالاجماع فكذا همنا

والنا قول النبي ﷺ « لو كان على أهلك دين أكننت قاضيه ؟ » قال نعم قال « فدين الله أحق أن يقضى » والدين من رأس المال فما هو أحق منه أولى ولأنه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمي وإن كان تطوعاً اخذ الثالث لا غير اذا لم يجز الورثة ويحج به على ما ذكرنا
(مسألة) (وان وصى ان يحج عنه حجة بألف دفع الكل الى من يحج)

اذا وصى ان يحج عنه حجة واحدة بقدر من المال وكان فيه فضل عما يحج به فهو لمن يحج لأنه قصد ارفاقه بذلك فكانه صرح فقال حجوا عني حجة واحدة بألف وما فضل منها فهو لمن يحج

﴿ مسألة ﴾ (فان عينه في الوصية فقال يحج عني فلان بألف صرف ذلك اليه وان لم يعين فله وصى اليه صرفه الى من شاء)

لأنه فوض اليه الاجتهاد الا انه لا يملك صرفها الى وارث اذا كان فيها فضل الا باذن الورثة وان لم يكن فيها فضل جاز لأنه لا محابة فيها ثم ينظر فان كان الحج الموصى به تطوعاً اعتبر من الثالث وان كان واجباً فالزائد عن نفقة المثل معتبر من الثالث وان لم يف الموصى به بالحج اتم من رأس المال وفيه من الخلاف ما ذكرنا

وأبأن من هذا أن الحاكم لو رأى حكمه بخطه تختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجوز للحاكم انفاذ الحكم بما وجده ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فهنا أولى ، وقد نص أحمد على هذا في الشهادة ، ووجه قول الحرقى قول النبي ﷺ « ما من امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » ولم يذكر شهادته وما ذكرناه في الفصل الاول الذي يلي هذا ، ولأن الرصية يتسامح فيها ولهذا صح تعاقبها على الخطر والفرر وصحت لحمل به وبما لا يقدح على تسليمه والمعدوم والمجهول فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث

(فصل) وإن كتب وصيته وقال اشهدوا علي بما في هذه الورقة أو قال هذه وصيتي فاشهدوا علي بها فقد حكمي عن أحمد أن الرجل إذا كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا علي بما في هذا الكتاب لا يجوز حتى يسمعوها منه ، ما فيه أو يقرأ عليه فيقرأ فيه وهو قول من سمينا في المسئلة الاولى ويحتمل كلام الحرقى جوازه لانه اذا قبل خطه المجرد فهذا أولى ، ومن قال ذلك عبد الملك بن يعلى ومكحول ونعيم بن ابراهيم ومالك والاقيث والارزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد واسحاق واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمرائه في أمر ولابنه وأحكامه وصننه ثم

ما علمت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولائهم بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والاموال يهثرون بها مخترمة لا يعلم حاملها ما فيها واضوعها على وجعها وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه ولا نعلم أحداً أنكر ذلك ثم شهرته وانتشاره في علماء العصر فكان اجماعاً ووجه الاول انه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه فلم يجوز أن يشهد عليه ككتاب القاضي إلى

﴿مسئلة﴾ (فان أبى الحج وقال اصرفوا لي الفضل لم يعطه وبطلت الوصية في حقه)

إذا قال المعين ذلك بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن إنسان ثقة سواء يصرف الباقي إلى الورثة ويحتمل أن تبطل الوصية إن كان الحج تطوعاً لانه عين لها جهة فإذا لم يقبلها بطلت كما لو قال بيعوا عبدي فلان بمائة فأبى شراءه والظاهر أنها لا تبطل لانه قصد القرية والتعيين فإذا بطل التعيين لم تبطل القرية كما لو قال بيعوا عبدي فلان وتصدقوا بشفته فلم يقبل فلان فانه يباع لمن غيره ويتصدق بشفته فان قال المعين اصرفوا لي انفضل عن ثقة الحج لانه موصى لي به لم يصرف اليه شيء لانه إنما أوصى له بالزيادة بشرط ان يحج فإذا لم يوجد الشرط لم يستحق شيئاً

(فصل) فإذا قال حجوا عني حجة ولم يذكر قدراً من المال فانه لا يدفع إلى من يحج إلا قدر نفقة المثل لما ذكرنا والباقي للورثة وهذا ينبغي على أنه يجوز الاستئجار عليه إنما ينوب عنه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج اليه فهو من مال الموصي وما بقي للورثة فان تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب اتمام الحج وإن قلنا يجوز الاستئجار على الحج فلا يستأجر الا ثقة بأقل ما

اتقاضي ، فأما ما ثبت من الوصية بشهادة أو إقرار الورثة به فإنه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعار جوعه عنه وإن طالت مدته وتغيرت أحوال الموصي به . مثل أن يوصي في مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لأن الأصل بقاءه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الأحكام

(فصل) ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها لأنه أحفظ لها وأحوط لها فيها وقد صح أن النبي ﷺ قال « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » وروي عن أنس أنه قال : كانوا يكتبون في صدور وصاياهم (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من في القبور) وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم وبطيخوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب (يا بني إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون) أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أنس

وروي عن ابن مسعود أنه كتب (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود أن حدثني حادث الموت من موصي هذا أن مرجع وصيتي إلى الله وإلى رسوله ثم إلى الزبير ابن العوام وابنه عبد الله وأنهما في حل وبل فيما وليا وقضيا وأنه لا تزوج امرأة من بنات عبد الله إلا بإذنهما وروي ابن عبد البر قال كان في رصبة أبي الدرداء (بسم الله الرحمن الرحيم) هذا ما أوصى به أبو الدرداء أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وأن الجنة حق وأن

يمكن وما فضل فهو للأجير لأنه مالك ما أعطي بمقدار الاجارة وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه أتمام الحج وإن قال حجوا عني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه إلا حجة ولأنه أقل ما يقع عليه الاسم فإن عين مع هذا فقال يحج عني فلان دفع إليه بقدر نفقته من بلده إذا خرج من الثلث فإن أبي الحج إلا بزيادة تصرف إليه فينبي أن يصرف إليه أقل قدر يمكن أن يحج به غيره فإن أبي الحج وكان واجباً استتيب غيره بأقل ما يمكن استتابته والله أعلم

(فصل) وإن وصى أن يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث ولسعد بثلث ماله فأجاز الورثة أمضيت على ما قال الموصي فإن لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما وصى له بالفضل ولا فضل وإن رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فالعمرو فإن لم يفضل منه شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما وصى له بالزيادة ولا زيادة ولا تتمتع المزاحمة به ولا يعطى شيئاً كولد الأب مع ولد الابوين في مزاحمة الجد ويحتمل أنه متى كان في الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد إلى نصف وصيته لأن زيدا إنما استحق المائة بالاجازة فمع الرد يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا

النار حق وان الله يبعث من في القبور وانه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيا ويموت ان شاء الله وأوصى فيما رزقه الله تعالى بكذا وكذا وان هذه وصيته ان لم يغيرها
(مسئلة) قل وما أعطى في مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث

وجهة ذلك ان التبرعات المنجزة كالعتق والحباة والهبة المفبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والعفو عن الجنابة المرجبة للمال اذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لانعلم في هذا خلافاً وان كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء ، وحكي عن اهل الظاهر في الهبة المقبوضة انها من رأس المال وليس بصحيح لما روي ابو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في اعمالكم» رواه ابن ماجه وهذا يدل بمفهومه على انه ليس له اكثر من الثلث وروى عمران بن حصين ان رجلاً من الانصار اعنى مئة أعبد له في مرضه لامال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فاعتق اثنين وأوق أربعة متفق عليه واذا لم ينفذ العتق مع مرايته فغيره اولى ولان هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطية فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالرصبة

(فصل) وحكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم الوصية في خمسة اشياء (أحدها) ان يقف نفوذها على خروجها من ائثال او اجازة الورثة (الثاني) انها لا تصح لو ارث الاب اجازة بقية الورثة (الثالث)

(فصل) وان وصى لزيد بعبد بعينه ولمعرو ببقية الثلث قوم العبد يوم موت الموصي لانه حال نفوذ الوصية ودفع إلى زيد ودفع الى بقية الثلث الى عمرو فان لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو، وان مات العبد بعد موت الموصي قومنا التركة حال موت الموصي بدون العبد ثم تقوم العبد لو كان حيا فان بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو لمعرو وإلا بطلت وصيته، ولو قال لاحد عبديه أنت مدير ثم قال لا آخر أنت مدير في زيادة الثلث عن قيمة الاول ثم بطل تدبير الاول بموته فهي كالتي قبلها على ما ذكرنا او رجوعه فيه أو خروجه مستحقاً أو غير ذلك

(مسئلة) (وان وصى لاهل سكتة فهو لاهل دربه)

لان السكة الطريق والدرب مضاف اليه

(مسئلة) (وان وصى لجيرانه تناول أربعين داراً من كل جانب)

نص عليه احمد وبه قال الاوزاعي والشافعي وقال ابو حنيفة الجار الملاصق لان النبي ﷺ قال «الجار احق بصقبة» يعني الشفعة وإنما يثبت للملاصق ولان الجار مشتق من المجاورة وقال قتادة الجار الدار والداران وروي عن علي عليه السلام في قول النبي ﷺ لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد قال من سمع النداء وقال سميد بن عمرو بن جمدة من سمع الإقامة وقال ابو يوسف الجيران اهل الحلة ان جمعهم مسجد فان تفرق اهل الحلة في مسجد بن صغيرين متقاربين فالجميع جيران وان كانوا عظيمين فكل اهل مسجد جيران واما الأمصار التي فيها القبائل فالجوار على الانخاذ

ان فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ولان النبي ﷺ سئل عن افضل الصدقة قال « ان تصدق وانت صحيح صحيح تأمل المغني وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقة قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان » متفق عليه ولفظ قال قال رجل يا رسول الله اي الصدقة افضل؟ (الرابع) انه يزاحم بها الوصايا في الثالث (الخامس) ان خروجها من الثلث معتبر حال الموت لان له ولا بعده وبفارق الوصية في ستة اشياء (اخذها) انها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها وان كثرت ولان المنع على الزيادة من الثلث انما كان لحق الورثة لاحتهم فلم يملك اجازتها ولاردها رانه اكل له الرجوع في الوصية لان التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك اجازتها ولاردها وانما كان له الرجوع في الوصية لان التبرع مشروط بالموت فنيا قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية في المرض فانه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطي فقبض فلزمت كالوصية اذا قبلت بعد الموت وقبضت (الثاني) ان قبولها على الفرار في حال حياة المعطي وكذلك ردها والوصايا لاحكم لقبولها ولاردها الا بعد الموت لما ذكرنا من ان العطية تصرف في الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت (الثالث) ان العطية تنقتر الى شروطها المشروطة لها في الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر في غير العتق والوصية بخلافه (الرابع) انها تقدم على الوصية وهذا قول الشافعي وجمهور العلماء وبه قال ابو حنيفة وابو يوسف وزفر الا في العتق فانه حكي عنهم تقديمه لان العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسري وقفه وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه

ولنا ان العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كمطالبة التبعة وكما لو تسارى الحقان (الخامس) ان العطايا اذا عجز العتق عن جميعها بدى بالاول فالاول سواء كان الاول نية أو غيره وبهذا ولنا ما روى ابو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « الجار اربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » وهذا نص لا يجوز العدول عنه ان صحح وان لم يثبت الخبر فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك الى العرف وقال ابو بكر مستدار اربعين داراً من كل جانب والحديث يحتمله (مسئلة) (وان وصى لا قرب قرابته او لا قرب الناس اليه او اقربهم به رحماً لم يدفع بنفسه من غير واسطة والاخ والجد سواء)

لان كل واحد يدلي الى الا بعد مع وجود الاقرب فان كان له اب وابن فها سواء، لان كل واحد منها يدلي بالاب من غير واسطة ويحتمل تقديم الابن على الاب لانه يسقط تعصيبه والاولى أولى لان إسقاط تعصيبه لا يمنع مساواته في القرب ولا كونه أقرب منه بدليل أن ابن الابن يسقط تعصيبه مع بعده ويحتمل تقديم الاخ على الجد لان الاخ يدلي ببنة الاب والجد يدلي بالابوة فهما كالأب والابن والاول اولى ولا يصح قياس الاخ على الابن لانه لا يسقط تعصيب الجد بخلاف الابن ويقدم الابن على الجد والاب على ابن الابن ونال اصحاب الشافعي يقدم ابن الابن على الاب في وجه لانه يسقط تعصيبه ولنا ان الاب يدلي بنفسه وبلي ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال بخلاف ابن الابن والاب والام سواء وكذلك الابن والبنت والجد ابو الاب وابو الام وام الاب وام الام كلهم سواء

قال الشافعي وقال ابو حنيفة الجميع سواء اذا كانت من جنس واحد، وان وكانت من اجناس وكانت الهبة مقدمة قدمت وان تأخرت سوي بينهما وبين العتق ، وإنا كان كذلك لان الهبة حق آدمي على وجه المعاوضة فقدمت إذا تقدمت كقضاء الدين وإذا تساوى جنسها سوي بينهما لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثالث فسوي بينهما كالوصية وقال ابو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم او تأخر

ولنا أنها عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الأولى عناية عند أبي حنيفة أو عتقا عند صاحبيه ولان العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فإذا كانت خارجة من الذات لزم في حق الورثة فلو شاركها الثانية لزم ذلك لزومها في حق المعطي لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فإنها غير لازمة في حقه وإنا تلزم بالموت في حال واحدة فاستويا لاستوائهما في حال لزومهما بخلاف المنجزتين وما قاله في الهبة غير صحيح فإنها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثالث فاما ان وقعت دفعة واحدة كأن وكل جماعة في هذه التبرعات فأوقعوها دفعة واحدة فان كانت كلها عتقا أفرعنا بينهما فكلنا العتق كله في بعضهم ، وان كانت كلها من غير العتق قسمنا الثالث بينهم على قدر عطايهم لأنهم تساوا في الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كفرماء المفلس وإنا خولف هذا الاصل في العتق لحديث عمران بن حصين ولان القصد بالعتق بكل الاحكام ولا نكل الاحكام الا بتكثير العتق بخلاف غيره ولان في قسمة العتق عليهم إضرراً بالورثة والميت والعبيد على ما بذكر في موضعه، وان وقعت دفعة واحدة وفيها عتق وغيره ففيه روايتان (احدهما) يقدم العتق لنا كيد (والثانية) يسوى بين الكل لأنها حقوق تساوت في اتمهاتها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد وذلك لان استحقاقها حصل في حالة واحدة

(السادس) أن الواهب اذا مات قبل تقيضه الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة إن شاءوا قبضوا وإن شاءوا منعوا والوصية تلزم بالذول بعد الموت بغير رضام

هكذا ذكره شيخنا ويحتمل تقديم أبي الأب على اب الام لانه يسقطه ثم بعد الاولاد اولاد البنين وان سفلوا الاقرب فالاقرب الذكور والاناث وفي اولاد البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقت ثم من بعد الولد الاجداد الاقرب منهم فالاقرب لانهم العمود الثاني ثم الاخوة والاخوات ثم ولدهم وان سفلوا ولا شيء لولد الاخوات إذا قلنا لا يدخل ولد البنات

﴿مسئلة﴾ (والاخ من الاب والاخ من الأم سواء والاخ من الابوين أحق منها)

الأخ من الأب والأخ من الأم سواء لأنها على درجة واحدة وكذلك ولداهما والأخ من الابوين أحق منها لان له قرابتين فهو أقرب ممن له قرابة واحدة

(فصل) والأخ للاب أولى من ابن الأخ من الابوين كما في الميراث ثم بعدهم الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا ويستوي العلم من الاب والعم من الام وعلى الاحتمال الذي ذكرناه في تقديم أبي الاب على أبي الأم تقديم العلم من الاب على العلم من الام وكذلك أبنائها وعلى هذا الترتيب ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي إلا أنه يرى دخول ولد البنات والاخوات والاخوال والحالات وهذا القول يخرج

(فصل) إذا قال المريض إذا أعتقت سعداً فسهيد حر ثم أعتق سعداً عتق سعيده أيضاً إن خرجا من الثالث وإن لم يخرج من الثالث إلا أحدهما عتق سعد وحده ولم يفرع بينهما لوجهين (أحدهما) أن سعداً سبق بالعتق (والثاني) أن عتقه شرط لعتق سعيده فلورق بعضه لغات إعتق سعيده أيضاً لغوات شرطاً وإن بقي من الثالث ما يعتق به بعض سعيده عتق تمام الثالث منه ، وإن قال إن أعتقت سعداً فسهيد وعمرو حران ثم أعتق سعداً ولم يخرج من الثالث إلا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وإن خرج من الثالث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأفرع بين سعيده وعمرو فيما بقي من الثالث لأن عتقهما في حال واحدة وليس عتق أحدهما شرطاً في عتق الآخر ، ولو خرج من الثالث اثنان وبعض الثالث أفرعنا بينهما لتكيد الحرية في أحدهما وحصول التثقيص في الآخر ، وإن قال إن أعتقت سعداً فسهيد حر أو فسهيد وعمرو حران في حال اعتقني سعداً فالسعيدهم سواء لا يختلف لأن عتق سعد شرط لعتقهما فلورق بعضه لغات شرط عتقهما فوجب تثقيصه ، وإن كان الشرط في الصحة والاعتاق في المرض فالحكم على ما ذكرنا

(فصل) وإن قال إن تزوجت فعبدي حر فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فالزيادة محابة معيبة من الثالث ، وإن لم يخرج من الثالث إلا المحابة أو العبد والمحابة أولى لأنها وجبت قبل العنق لكون التزويج شرطاً في عتقه فقد سبقت عتقه ويحتمل أن يذسأوا لأن التزويج سبب لثبوت المحابة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء ثم هل يقدم العتق على المحابة؟ على روايتين وهذا فيما إذا ثبتت المحابة بأن لا ترث المرأة الزوج أما لوجود مانع من الارث أو لفارقه إياها في

على مذهب أحمد على الرواية التي تجعل القرابة فيها كل من يقع عليه اسم القرابة فاما على الرواية التي تقول إن اسم القرابة يختص من كان من أولاد الآباء وهي التي اختارها الحنفي فلا تدخل فيه الام ولا أقاربها لأن من لم يكن من القرابة لم يكن من أقرب القرابة فعلى هذا تتناول الوصية من كان أقرب من أولاد الموصي وأولاد آبائه إلى أربعة آباء ولا تعدوهم فإن وصى لجماعة من أقرب الناس إليه أعطي ثلاثة من أقرب الناس إليه فإن وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كالخوة فالوصية للجميع لأن بعضهم ليس بأولى من بعض والاسم يشملهم وإن لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة كملت من الثانية فإن كان في الدرجة الثانية جماعة سوى بينهم لما ذكرنا في الدرجة الاولى ، وإن لم يكمل من الثانية فمن الثالثة فإذا وجد ابن واخ وعم فالوصية بينهم أثلاثاً وكذلك إن كان ابن واخوان وإن كان ابن وثلاثة أخوة دخل جميعهم في الوصية ويتبني أن يكون الابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها فإن كان الابن وارثاً سقط حقه من الوصية إن لم يحز له والباقي للأخوة وإن وصى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كان من يرث في الحال أو يكن ويسوي بين قريبهم وبعيدهم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الام بحال

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ولا تصح الوصية للكنيسة ولا يتأروولاً لهماهما والاتفاق

حياته اما بموتها او طلاقها او نحوه فاما ان ورثته تبيننا انها غير ثابتة لها إلا باجازه الورثة فينبغي أن يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الاجازة فيكون متقدما، وإن قال أنت حر في حال تزويجي فتزوج وأصدق أكثر من مهر النبل فعلى القول الاول يتساويان لان التزويج جعل جماله لا يباع العتق كما في عتق سعد وسعيد وبطلان المحابة لا يبطل التزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال الذي ذكرته يكون العتق سابقا لان المحابة انما ثبتت بتمام التزويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقا على المحابة فيتقدم لهذا المعنى سيما إذا تأكد بقوته وكونه لغير وارث

(فصل) اذا اعتق المريض شقصا من عبد ثم اعتق شقصا من آخر ولم يخرج من الثلث الا العبد الاول عتق وحده لانه يعتق حين يلفظ باعتاق شقصه وان خرج الاول وبعض الثاني عتق ذلك وان اعتق الشقصين دفعة واحدة فلم يخرج من الثلث الا الشقصان عتقا ورتي باقي العبدين وان لم يخرج الا أحدهما أقرع بينهما، وان خرج عتق الشقصان وباقي أحد العبدين ففيه وجهان (أحدهما) يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما كما او اعتق العبدين فلم يخرج من الثلث الا أحدهما (والثاني) يقسم ما بقي من اثلاث بينهما بغير قرعة لانه أوقم عتقا مشقصا فلم يكله بخلاف ما اذا اعتق العبدين ولهذا إذا لم يخرج من الثلث الا الشقصان اعتقتهما ولم يقرع بينهما ولم يكله من أحدهما، ولو أوصى باعتاق النصيبين وان يكمل عتقهما من ثلثه ولم يخرج من الثلث الا النصيبان وقيمة باقي أحدهما أقرعنا بينهما فن خرجت قرعته كل الدتق فيه لان الموصي أوصى بتكميل العتق فخرى مجرى اعتاقهما بخلاف التي قبلها

(فصل) واذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض كالمبة والميراث عتق وورث المريض اذا

عليهما وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وسواء كان الموصي مسلما أو ذميا وذلك أصحاب الرأي تصح وأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبني كنيسة وخالفه أصحابه وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراء خمر أو خنازير ويتصدق بها على أهل الذمة

ولنا أن هذه الافعال محرمة وفعلها معصية فلم تصح الوصية بها كما لو وصى بمبده أو مته للفقور ولانها لا تجوز في الحياة فلا يجوز في المات

(مسئلة) (وان وصى لكتب التوراة والانجيل لم تصح)

لانها كذب منسوخة وفيها تبديل والاشتغال بها غير جائز وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئا مكتوبا من التوراة وذكر القاضي أنه لو أوصى لحصر اليعسم وقنادياها وما شاكل ذلك ولم يقصد اعظاها بذلك صحت الوصية لان الوصية لاهل الذمة فان النفع يعود اليهم والوصية لهم صحيحة والصحيح أن الوصية لا تصح بهذا لان ذلك انما هو اعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكنائسهم ونقل عن أحمد ما يدل على صحة الوصية من الذي بخدمة الكنيسة والاول أولى وأصح وان وصى ببناء بيت ليسكنه المجتازون من اهل الذمة واهل الحرب صح لان بناء مساكنهم ليس بمعصية

٤٩٦ قول احمد إنه اذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم يكن وصية (الغني والشرح الكبير)

مات وهذا قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يعتق ولا يرث لان عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث وهذا لا يصح لانه لو كان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه وجعل اهل العراق عتق المرهون وصية يعتبر خروجه من الثلث فان خرج من الثلث عتق وورث وان لم يخرج من الثلث يسعى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يذهب بقيمة من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه

ولنا ان الوصية هي التبرع بماله بعتية أو انلاف أو انتساب الي ذلك ولم يوجد واحد منهما لان العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره وقبول الهبة ليس بعتية ولا انلاف لماله وإنما هو تحصيل شيء يتناف بتحصيله فأشبه قبوله شيء لا يمكنه حفظه أو لما يتناف ببقائه في وقت لا يمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فانه تضييع لماله في شيء وقال القاضي هذا الذي ذكرناه قياس قول أحمد لانه قال في مواضع اذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم يكن وصية لان الوقف ليس بمال لانه لا يباع ولا يورث ، قال الخبزي هذا قول أحمد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن أحمد خلافاً فأما ان اشترى من يعتق عليه فقال القاضي ان حمله الثلث عتق وورثه وهذا قول مالك وأبي حنيفة واذ لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ما فيه من الحرية وباقيته على الرق فان كان الوارث ممن يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اذا ورثه وقال أبو يوسف ومحمد لا وصية لو ارث ويحتمس بقيمة من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه ، وقال بعض أصحاب مالك يعتق من رأس المال ويرث كالموهور والموروث وهو قياس قوله لكونه لم يجعل الوقف وصية ، اجازة لو ارث فهذا أولى لان العبد لا يملك رقبته فيجعل

(فصل) ولا تصح الرصية لسكانر بمصحف ولا عبد مسلم لانه لا يجوز هبتهما له ولا يعيها منه وان وصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصي بطلت الوصية وان أسلم بعد الموت وقبل القبول وقبلنا إن الملك انما ثبت حين القبول بطلت لانه لا يجوز ان ينتديء الملك على مسلم وان قلنا ثبت الملك بالموت قبل القبول فالوصية صحيحة لانا نتبين انه أسلم بعد ان ملكه ويحتمل ان لا يصح أيضاً لانه يأتي بسبب لولاه لم يثبت الملك فتم منه كابتداء الملك

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح للملك ولا لبيمة ولا لحي)

لانه تمليك فلم يصح لهم كالهبة ولا تصح الميت لذلك وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك ان علم انه ميت صحت الوصية وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه لان النرض نفقه بها فأشبه ما لو كان حياً .

ولنا انه اوصى لمن لا تصح الوصية له لو لم يعلم حاله فلا تصح اذا علم حاله كالبهيمة وفارق الحي فان الوصية تصح له في الحالين ولانه عقد يفترق الى القبول فلم يصح للميت كالهبة

﴿مسئلة﴾ (وان وصى لحي وميت يعلم موته فالكل لاهي ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف وإن لم يعلم فللحي نصف الموصى به

ذلك وصية له ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له لأنه لم يصل إليه ولا وصية للبائس لأنه قد عاوض عنه وإنما هو كبناء مسجد وقنطرة في أنه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنع ذلك لميراث واختلاف أصحاب الشافعي في قياس قوله فقال بعضهم إذا حمله الثالث عتق وورث لأن عتقه ليس بوصية له على ما ذكرنا وقيل يعتق ولا يرث لأنه لو رث لصارت وصية لو ارث فتبطل وصيته وبطل عتقه وإرثه فيفضي توريثه إلى إبطال توريثه فكان إبطال توريثه أولى وقيل على مذهبه شراؤه باطل لأن ثمنه وصية والوصية تقف على خروجها من الثلث أو أجازة الورثة والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفاً ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة وخلف مائتي درهم وابنا آخر فأنه يعتق وله مائة ولا أخيه مائة وهذا قول مالك وأبي حنيفة والشافعي قيل على قول الشافعي لا يرث والمائتان كلها لابن الحر وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصف الباقي من ميراثه وإن كان قيمته مائتين وبقيّة التركة مائة عتق من رأس المال والمائة بينه وبين أخيه وبهذا قول مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يعتق منه نصفه لأنه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقيه ولا يرث لأن المسألة هي عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة مواضع (الرجل) يعتق أمة على أن تزوجه (والمرأة) تعتق عبداً على أن يتزوجها فإيذان ذلك (والعبد المرهون يعتقه سيده) والمشتري للعبد يعتقه قبل قبضه وهما مجسران ففي هذه المواضع يبيح كل واحد في قيمته وهو حر يرث، وقال أبو يوسف ومحمد يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويبيح في ربع قيمته لأخيه وإن وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال وهذا قول مالك، وإن كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبري عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة

إذا وصى بثلاثة أو بمائة لحي وميت فللحي نصف الوصية سواء علم موته أو لم يعلم، وهذا قول أبي حنيفة واسحق والبصريين وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد إذا قال هذه المائة لفلان وفلان الميت فهي للحي منها، وإن قال بين فلان وفلان فوافقنا الثوري على أن نصفها للحي وعن الشافعي كاللذهيبن وقال أبو الخطاب عندي إذا علمه ميتاً فالكل للحي وإن لم يعلم ميتاً فللحي النصف وقد نقل عن أحمد ما يدل على هذا القول فإنه قال في رواية ابن القاسم إذا وصى لفلان وفلان بمائة فبان أحدهما ميتاً فللحي خمسون، فقيل له أليس إذا قال ثلثي لفلان وللحائط أليس كله لفلان؟ قال وأي شيء يشبه هذا الحائط له ملك؟ فعلى هذا متى شرك بين من تصح الوصية له وبين من لا تصح مثل أن يوصي لفلان وللملك أو للحائط أو لفلان وللميت فالموصى به كله لمن تصح الوصية له إذا كان عالماً بالحال لأنه إذا اشرك بينهما في هذه الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من تصح الوصية له وإن لم يعلم بالحال فلن تصح الوصية له نصفها لأنه قصد إيصال نصفها إليه وإلى الآخر النصف ظناً منه أن الوصية له صحيحة فإذا بطلت الوصية في حق أحدهما صححت في حق الآخر بقسطه كتفرق

وبعض أصحاب مالك . وعلى قول القاضي يعق ثلثين في أحد الوجهين وهو قول مالك ، وفي الآخر يعقن كاهن لكن وصية من لا وارث له جائزه في جميع ماله في أصح الروايتين ، وإن ترك مالا يخرج من من ثلثه عتقن وورثن ، وقال أبو حنيفة إذا اشتراهن أو وهبن له ولا مال له سواهن ولا وارث عتقن ونسبى كل واحد من الاخت للزب والاخت للام في نصف قيمتها للاخت من الاب والام وإنما لم يرثا لأنها لو ورثا لكان لهما خمس الرقاب وذلك رقة وخمس بينهما نصفين فكان يبقى عليهما سبعة وإذا بقيت عليهما سبعة لم يرثا وكانت لهما الوصية وهي رقة بينهما نصفين ، وأما الاخت للابوين فإذا ورثت عتقت لان لها ثلاثة أخماس الرقاب وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها ، وقال أبو يوسف ومحمد تبعض وتسعى كل واحدة من الاخت للاب والاخت من الام للاخت من الابوين في خمسي قيمتها لان كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رقة وعلى قول الشافعي يعقن

(فصل) وإن اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواه ثم مات وخلف ابنا فعلى القول الذي حكاه الخبر يعق كله على المريض وله ولاؤه ، وعلى قول القاضي يعق ثلثه بالوصية ويعق باقيه على الابن لأنه جده ويكون ثلث ولائه للمشتري وثلاثة لابنه وهذا قول مالك وقيل هو مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يعق ثلثه بالوصية ويسمى الابن في قيمة ثلثه

وقال أبو يوسف ومحمد يعق سدسه لانه ورث ويسمى في خمسة أسداس قيمته الابن ولا وصية له وقيل على قول الشافعي يفسخ البيع الا أن يميز الابن عتقه ، وقيل يفسخ في ثلثه ويعق في ثلثه وللبائع الخيار لافرق الصفقة عليه وقيل لا خيار له لانه مناف فان ترك ألفين سواه عتق كله وورث سدس الألفين والباقي للابن ، وهذا قال مالك وأبو حنيفة وقيل نحوه على قول الشافعي وقيل على قوله يعق ولا يرث ، وقيل شرؤه مفسوخ

وقال أبو يوسف ومحمد يرث الاب سدس الثركة وهو خمسمائة يحدسب بها من رقة ، ويسمى في نصف قيمته ولا وصية له ، وإن اشترى ابنا بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشرء

الصفقة ووجه القول الاول انه جمل الوصية لاثنتين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا بمن تصح الوصية لهما فمات أحدهما أو كما لو لم يعلم الحال ، فاما ان وصى لاثنتين حين فمات أحدهما فلآخر نصف الوصية لا نعم في هذا خلافاً ومثله لو بطأت الوصية في حق أحدهما لرده لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف امانة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء كان شريكه حياً أو ميتاً لانه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيها سواء .

(مسألة) (فان وصى لوارثه واجنبي بثلثه فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما نصفين) وإن وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصيتان

في الوجه الاول ، وفي الثاني يعتق ثلثه بالوصية وإلّا على جده عند الموت وولّاه بينهما الأثلاث ، وبهذا قال مالك وقول الشافعي فيه على ما ذكرنا في مسألة الأب . وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه بالوصية ويسعى في قيمة ثلثه للأب ولا يرث

وقال أبو يوسف ومحمد يرث خمسة أسداسه ويسعى في قيمة سدسه ، وإن ترك ألفين سواء عتق كله وورث خمسة أسداس الألفين وللأب السدس ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : للأب سدس التركة خمسمائة وباقيها للأب يعتق منها ويأخذ ألفاً وخمسمائة ، وإن خلف مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الأول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الأصل ، وعلى الوجه الثاني يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية فإن لم يخلف المشتري أباً حراً ولكن خلف أخاً حراً ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الأول ويعتق ثلثه على الثاني ويرث الأخ ثلثه ثم يعتق عليه . وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه ويسعى لعمه في قيمة ثلثه . وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعيه وإن خلف ألفين سواء عتق وورث ألفين ولا شيء للآخر في الأقوال كلها إلا ما قيل على قول الشافعي أنه يعتق ولا يرث وقيل شراؤه باطل فإن اشترى ابنه بألف لا يملك غيره وقيمه ثلثا ألف وخلف ابناً آخر فعلى الوجه الأول يعتق من رأس المال ويستقر ملك الباقي على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لأن المشتري حباه به ولم يبق من التركة سواء فيكون له ثلثه وهو ثلث ألف ويرد التسعين فتكون بين الأبوين وعلى الوجه الثاني يعتق ثلثه ويرث أخوه ثلثه فيعتق عليه وللبائت ثلث الحباية ويرد ثلثها فيكون ميراثاً

لها وإن ردوا بطلت وصية الوارث في المسئلتين وللأجنبي السدس في الأولى والمعين الموصى له به في الثانية وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وغيرهم

﴿مسألة﴾ (وإن وصى لها بثاني ماله وأجاز الورثة لها جازت وإن عينوا نصيب الوارث بالرد وحده فللأجنبي الثلث كاملاً)

لأنهم خصوا الوارث بالابطال فالثلث كله للأجنبي وسقطت وصية الوارث فصار كأنه لم يوص له وإن أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدها فالثلث الباقي بين الوصيين لكل واحد منهما السدس وهذا الذي ذكره القاضي هو قول مالك والشافعي لأن الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة الوصيتين فيكون لكل واحد منهما الثلث فإذا أبطلوا نصفها بالرد كان البطلان راجعاً إليهما وما بقي منهما بينهما كما لو تلف ذلك بغير الرد ، واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي وحكي نحوه عن أبي حنيفة لأنهم لا يقدرّون على إبطال الثلث فما دون إذا كان لأجنبي ولو جعلنا الوصية بينهما لملكوا بطلان ما زاد على السدس فإن صرح الورثة بذلك فقالوا أجزنا الثلث لكما ورددنا ما زاد عليه من وصيتكما أو قالوا رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك أكد

وقال أبو حنيفة الثالث للبائع وبسعى المشتري في قيمته لآخيه وقال أبو يوسف ومحمد : بى في نصف رقبته ويرث نصفها ، وقال الشافعي المحابة مقدمة لتقديمها ويرث الابن الحر أخاه فيملكه وقبل يفسخ البيع في ثلثيه ويعتق ثلثه ، ولا تقدم المحابة لان في تقديمها تقرير ملك الاب على ولده ، وقيل يفسخ البيع في جميعه فان كانت قيمته ثلث الالف فلى الوجه الاول يعتق من رأس المال وتنفذ المحابة في ثلث الباقي وهو تسعا ألف ويرد البائع أربعة أنساع ألف فتكون بين الابنين وعلى الوجه الآخر بمقتضى وجهين (أحدهما) تقديم العتق على المحابة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثي الالف فيكون بينهما (والثاني) أن يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أنساعها كما قلنا في الوجه الاول ، وقال أبو حنيفة للبائع بالمحابة الثالث ويرد الثالث وبسعى الابن في قيمته لآخيه وفي قول أبي يوسف ومحمد يردهم البائع ثلث الالف فيكون الابن الحر ويعتق الآخر بنصيبه من الميراث وقيل على قول الشافعي يردهم البائع ثلث الالف فيكون ذلك مع الابن المشتري للحر وقبل غير ذلك ، وإن اشتراه بألف لا يملك غيره وقيمتها ثلاثة آلاف فمن أعتقه من رأس المال جعله حراً ومن جعل ذلك وصية له أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه الا في قول الشافعي ومن واثقه فان الحر يملك بقية أخذه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن

في جمل السدس لكل واحد منها لتصريحهم به وان قالوا أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا وصية الاجنبي فهو على ما قالوا لان لهم أن يحجزوا لها وان يردوا عليها فكان لهم أن يحجزوا لاجنبي ويردوا على الآخر ، وان أجازوا للاجنبي جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وصيته جاز كما قلنا وان أرادوا أن ينقصوا الاجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه فان ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الاجنبي فعلى قول القاضي لهم ذلك لان لهم أن يحجزوا الثلث لها فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منها نصفه ثم اذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الاجنبي على ما كان له في حالة الاجازة للوارث وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للاجنبي لانه إنما ينقص منه بمزاحمة الوارث فاذا زالت المزاحمة وجب توفير الثلث عليه لانه قد أوصى له به

﴿مسئلة﴾ (ولو وصى بماله لابنيه وأجنبي فردوا وصية الوارث فهو على ما قال وان أجازوا

لوارث فالثالث بينهما)

لان الوصية تتعلق بالشرط ولو قال أوصيت لفلان بثلثي فان مات قبلي فهو لفلان صح فان وصى لوارثه فأجاز بعض باقي الوصية دون البعض نفذ في نصيب من أجاز وحده وان أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يحجزوا وان أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردوها فهو على ما فعلوا من ذلك فلو خلف ثلاثة بنين وعبد لا يملك غيره فوصى به لاحدهم أو وهبه إياه في مرض موته فأجاز له أخواه فهو له وان أجاز أحدها وحده فله ثلثاه وان أجاز له نصف العبد فله نصفه ولها نصفه وان أجاز أحدها له نصف نصيبه ورد الآخر فله النصف الثلث بنصيبه والسدس من نصيب الحجز ، وان أجاز كل واحد منها له نصف نصيبه كمل له الثلثان وان أجاز له

وذلك نساه رقة لانه يحمل منه من الثالث دون قيمته وقيل يفسخ البيع في ثلثه وقيل في جميعه، وقال أبو حنيفة يسعى لأخيه في قيمة ثلثه

وقال أبو يوسف ومحمد يسعى له في نصف قيمته فان ترك ألفين سواء عتق كله لان التركة هي الثمن مع الألفين والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث نصف الألفين وهو قول الشافعي وقيل يعتق ولا يرث وعند أبي حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الألفين وذلك خمسة آلاف فعلى قول أبي حنيفة يعتق ما قدر ثلث ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسعى لأخيه في الألف وثلث ألف وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسعى لأخيه في خمسمائة والألفان لأخيه في قولهم جميعا، ولو اشترى المريض ابني عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فأعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاة فان قياس قول القاضي ان شاء الله أن يعتق ثلثا المعتق إلا أن يجيز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية أنساعه ويبقى تسعة وثلث أخيه للمولى ويحتمل أن يعتق كله ويرث أخاه فيعتقان جميعا لانه يسير بالاعتاق وارثا لثلثي التركة فتتخذ أجازته في اعتاق باقيه فتكفل له الحرية ثم بكل الميراث له وفي قياس قول أبي الخطاب يعتق ثلثاه ولا يرث لانه لو ورث

أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلثه أو باع نصيبه كمل له ثلاثة أرباع العبد وان وصى بالعبد لاثنتين منهما فالثالث أن يجيز لها أو يردها عليها أو يجيز لها بعض نصيبها ان شاء متفاضلا أو يردها على أحدهما ويجوز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لأحدهما جميع وصيته وللآخر بعضها فكل ذلك جائز لان الحق له فكيف شاء فعل فيه **مسئلة** (وان وصى لزيد والفقراء والمساكين بثلثه فلزيد التسم)

وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد، وعن محمد لزيد الخمس والفقراء الخمسان والمساكين الخمسان لان أقل الجمع اثنان ولاصحاب الشافعي وجهان (أحدهما) كقولنا (والثاني) لا السبع لان أقل الجمع ثلاثة فاذا انضم اليهم صاروا سبعة

ولنا أنه وصى لثلاث جهات فوجب أن يقسم بينهم بالسوية كما لو وصى لزيد وعمرو وخالد وان كان زبد مسكيناً لم يدفع اليه من سهم المساكين شيء وبه قال الحسن واستحقاق لان عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهم اذ الظاهر بين المعطوف والمعطوف عليه المغايرة ولان تجوز ذلك يفضي الى تجوز دفع نصيب المساكين كله اليه ولفظه يقتضي خلاف ذلك فأما ان كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم مثل أن يقول هذا لزيد وأخوته فهي كالتي قبلها ويحتمل أن يكون كأحدهم لانه شرك يئنه وبينهم على وجه لا يجوز الاخلال ببعضهم فتساواوا فيه كما لو قال هذا لكم

لكن اعتاقه وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل أثره فيؤدي توريثه الى ابطال توريثه وهذا قول للشافعي ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للمولى وقال ابو حنيفة يعتق ثلثا المعتق ويسمي في قيمة ثلثه ولا يرث وقال ابو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه اخوه بالهبة ويكونان احق بالميراث من المولى فان كان للميت مال سواها اخذا ذلك المال بالميراث وبغرم بالمعتق لاختيه الموهوب نصف قيمته ونصف قيمة اخيه لان عتق الاول وصية له ولا وصية لوارث وقد صار وارث مع اخيه فورث نصف قيمة نفسه ونصف قيمة اخيه وورث اخوه الباقي وكان اخوه الموهوب له هبة من المريض فعتق بقرابته منه ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالمعتق الذي جرى فيها فيغرم الاول نصف قيمته ونصف قيمة اخيه لاختيه واما قول ابو حنيفة فان كان الميت لم يدع وارثا غيرها عتقا وغرم الاول لاختيه نصف قيمته اخيه ولم يغرم له نصف قيمته نفسه لانه اذا لم يدع وارثا جازت وصيته لانه لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الاول لانه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحدا منها ولم يعتق فلا بد من أن يغذ للمعتق وصية ليصير حراً فيعتق اخوه بعتقه وقد جازت له الوصية في جميع رقبته لان الميت اذا لم يدع وارثا جازت وصيته بجميع ماله وبرثان جميعا ويرجع الثاني على الاول بنصف قيمته لانه يقول قد صرت انا وانت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني وقد كانت رقبتي لك وصية وعتقت من قبلك فاضمن لي نصف رقبتي فان كان معسر او هناك مال غيرهما اخذاً اثنائي نصفه ثم أخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه وكان ما بقي ميراثاً لاختيه الاول

باب الموصى به

تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالأبق والشارد والطيور في الهواء والحمل في البطن واللبن في الضرع لان الوصية اذا صحت بالمعدوم فغيره أولى ولانها أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصى به فان قدر عليه أخذه وسلمه اذا خرج من الثلث وللوصي السعي في تحصيله فان قدر عليه أخذه اذا خرج من الثلث .

(فصل) وتصح بالحمل اذا كان مملوكاً بان يكون رقيقاً أو حمل بهيمة مملوكة لان الفرر والخطر لا يمنعه صحة الوصية فجرى مجرى اعتاق الحمل فان انفصل ميتاً بطلت الوصية وان خرج حياً وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وان لم يكن كذلك لم يصح لجواز حدوثة

(مسئلة) (وتصح بالمعدوم)

فلو قال أوصيت لك بما تحمل جاريته هذه أو ناقتي هذا أو نخلتني هذه صح لما ذكرنا من صحتها مع الفرر سواء وصى بما تحمله أبداً أو مدة بعينها لان المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة فجاز أن يملك بالوصية فان حصل منه شيء والا بطلت وصيته لان الموصى به عدم فبطلت الوصية به كالموهوب اذا عدم لان الوصية كالهبة وان وصى له بمائة لا يملكها صح فان قدر عليها عند الموت أو على شيء منها والا بطلت لما ذكرنا في المسئلة قبلها

(مسئلة) (وتصح بما فيه نفع مباح من غير المال كالكلب والذئب والنجس)

(فصل) وإذا كان للمريض ثلاثة آلاف تبرع بألف ثم اشترى أباه مما بقي وله ابن فعلى قول من قال ليس الشراء بوصية يعتق الاب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقي فللاب سده وباقيه للابن ، على قول القاضي ومن جعله وصية لا يعتق اب لان تبرع المريض انما ينفذ في الثلث ويقدم الاول فالاول وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لانه انما عتق بعد الموت ، وان وهب له أبوه عتق وورث لان الهبة ليست بوصية وكذلك ان ورثه وان اشترى أباه ثم أعنته لم يعتق على قول القاضي لانه اذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الاعتاق بالقول بدليل نفوذه في حق العربي والمجنون فأولى أن لا ينفذ بالقول

(فصل) وإن ملك المريض من برثه ممن لا يعتق عليه كان عه فاعتقه في مرضه كان اعتاقه وصية معتبرة من الثلث بدليل أن النبي ﷺ أقرع بين العبيد الذين أعنتهم مالهكم عند موته ولم يكن له مال سوام فاعتبر عنتهم من الثلث ، فعلى هذا يعتبر خروج المعتق من الثلث فان خرج من الثلث عتق ولم يرث ذكره أبو الخطاب في مريض ملك ابن عمه في مرضه فأقر بأنه كان أعنته في صحته عتق ولم يرث لأنه لو ورث لكان إقراره لو ارث فلا يقبل فيؤدي توريثه إلى ابطال عنته ثم يبطل ميراثه

تصح الوصية بالكلب المباح اقتناؤه ككلب الصيد والماشية والحرب لان فيه نفعا مباحا وتقر باليد عليه والوصية تبرع فصحت في المال وفي غير المال كالهبة ، وإن كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلابا من كلابي أو من مالي لانه لا يصح شراء الكلب لانه لا قيمة له بخلاف ما اذا أوصى له بشاة ولا شاة له فانه يمكن تحصيلها بالشراء فان كان له كلب ولا مال له سواء فله ثلثه وإن كان له مال سواء فقد قيل للموصى له جميع الكلب وإن قل المال لان قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له وقيل للموصى له به ثلثه وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به

(فصل) وان وصى لرجل بكلابه ولا آخر بثلث ماله فلموصى له بالثلث الثلث والموصى له بالكلاب ثلثها وجهاً واحداً لان ما حصل الورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق الكلاب ولو وصى بثلث ماله ولم يوس بالكلاب دفع اليه ثلث المال ولم يحسب بالكلاب على الورثة لانها ليست بمال وإذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصى لهما تقسمت على عددها لانها لا قيمة لها فان تشاحوا في بعضها فينبغي ان يقرع بينهم وان وصى له بكلاب وله كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحرب فله واحد منها بالقرعة أو ما احب الورثة على الرواية الاخرى وان كان له كلب يباح اتخاذها وكتب هراس فله الكلب المباح ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا إلا انه يجعل للموصى له بكلب ما احب الورثة دفعه اليه ولا تصح الوصية بالجر والصنير في احد الوجهين وتصح في الآخر بناء على جواز اقتنائه وتربيته للصيد وقد سبق ذلك في كتاب البيع

فكان اعتاقه من غير توريث أولي ومقتضى قول القاضي أنه يعتق ويرث لأنه حر حين موت موروثه ليس بقابل ولا مخالف لدينه ويرث كما لو ورثه وإن لم يخرج من الثالث عتق منه بقدر الثلث ولا يرث على القول الأول وعلى قول القاضي ينبغي أن يرث بقدر ما فيه من الحرية على ما يذكر في المعتق بعضه (فصل) وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كإرش الجناية وجناية عبده وما عارض عليه بشئ المثل ، وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لأنهم فيه خلافاً وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك النكاح بهر المثل جائز من رأس المال لأنه صرف لماله في حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه ، وكذلك لو اشترى جارية يستمتع بها كثيرة الثمن بشئ مثلاً أو اشترى من الأطعمة التي لا يأكل مثله منها جاز وصح شراؤه لأنه صرف لماله في حاجته وإن كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه أقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين)

(فصل) فاما ان قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاءه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وإن لم يف بها ففيه وجهان (أحدهما) أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة لأن حقه وقهم تعلقت بماله بمرضه فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولأنه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك إذا قضاهما (والثاني) أنهم لا يمكن الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعي لأنه أدى واجبا عليه فصح كإشترى شيئاً فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فإنه لو اشترى ثياباً مضمنة صح

(فصل) فاما الزيت النجس فإن قلنا يجوز الاستصباح به فهو كالكلب الذي يباح أخذه وإن قلنا لا يجوز لم تصح الوصية لأنه ليس فيه نفع مباح أشبه الخنزير

(فصل) ولا تصح الوصية بالخنزير ولا بشيء من السباع التي لا تصلح للصيد كالأسد والذئب لأنها لا منفعة فيها ولا تصح بشيء ليس فيه منفعة مباحة من غيرها كالخنزير والميتة ونحوهما لأن الوصية بمالك فلا تصح بذلك كالهبة ولأن ذلك محرم فلا تصح الوصية به كالخنزير

(مسئلة) (وتصح الوصية بالمجهول كعبد وشاة لأن الوصية تصح بالمعدوم فالمجهول بطريق الأولى ولأن المجهول ينتقل إلى الوارث فصحت الوصية به كالمعلوم ويعطيه الورثة ما شاءوا مما يقع عليه الاسم لأنه اليقين كما لو أقر له بعبد فإن لم يكن له عبيد اشترى له ما سمي عبداً وإن كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاءوا لما ذكرنا وقال القاضي يعطيه الورثة ما شاءوا من ذكر أو أنثى قال شيخنا والصحيح هندي أنه لا يستحق إلا ذكراً فإن الله تعالى فرق بين البعيد والاماء بقوله سبحانه (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) والمعطوف يماير المعطوف عليه ظاهراً ولأنه في العرف كذلك فإنه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر فإنه لو وكله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة وإن وصى له بأمة لم يكن له أن يعطيه إلا أنثى وليس له أن يعطيه ختنى مشكلاً لأنه لا يعلم كونه

ولو وصى بتكفينه في ثياب مشتمة لم يصبح يحقق هذا إن إبقاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرائه، وقد صح عقيب البيع فكذلك إذا تراخى إذا لا أثر لتراخيه

(فصل) وإذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه نص عليه أحمد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عبده ولم يرد إلى الرق وهذا لأن الحق يثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره

(فصل) ويثبت في المريض الذي هذه أحكامه شرطان (أحدهما) أن يتصل بمرضه الموت ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فختم عطيته حكم عطية الصحيح لأنه ليس بمرض الموت (الثاني) أن يكون مخوفاً لأمراض على أربعة أقسام (غير مخوف) مثل وجع العيز والضرس والصداع اليسير وحتى ساعة فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح لأنه لا يخاف منه في العادة

[الضرب الثاني] الأمراض الممتدة كالجدام وحى الربع والفالج في أذهانه والشلل في ابتدائه والحى الغب، فهذا الضرب أن أضي صاحبها على فراشه فهي مخوفة وإن لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويحس، فعطايها من جيم المال. قال النافسي: هذا تحقيق انذهب فيه، وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجذوم والمنلوج من الثلث وهو محمول على أنها صاراً صاحب فراش وبه قول الأوزاعي والثوري

ذكر أ ولا أنى وإن وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينه دخل في وصيته الذكر والانثى والختى .

(مسئلة) (فان اختلف الاسم بالحقيقة والعرف كالشاة في العرف اسم للانثى والبعر والثور اسم للذكر غلب العرف)

في اختيار شيخنا لان الظاهر أن المتكلم إنما يتكلم بعرفه ولا يريد إلا ما يفهمه أهل بلده وقال أصحابنا تغاب الحقيقة ولهذا يحمل عليه كلام الله تعالى وكلام رسوله . فعلى هذا إذا أوصى له بشاة يتناول الضأن والمعز قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والانثى لان اسم الشاة يتناول جميع ذلك بدليل قول النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة » يريد الذكور والاناث والصغار والكبار وقال شيخنا لا يتناول إلا أنثى كبيرة إلا أن يكون في عرفهم في بلد يتناول ذلك ، فاما من لا يتناول عرفهم إلا الاناث فان وصيته لا تتناول إلا ما يسمى في عرفهم لما ذكرناه والكباش الذكور الكبير من الضأن والتيس لا يقع إلا على الذكر الكبير من المعز فان وصى بعشرة من الفم تناول عشرة من الذكور والاناث والصغار والكبار

(فصل) وان وصى بجمل فهو الذكر وان وصى بناقه فهي الانثى وان قال عشرة من إبل وقع على الذكر والانثى جميعاً ويحتمل أنه إن قال عشرة بالهاء فهي للذكور وان قال عشرة فهو للاناث وكذلك الغنم لان العدد في العشرة من اثلاثة إلى العشرة للذكور بالها وللعؤنث بغيرها قال الله تعالى (سخرها

ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور ، وذكر أبو بكر وجهاً في صاحب الامراض الممتدة ان عطية من صاحب المال وهو مذهب الشافعي لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه وان كان لا يبرأ فهو كالمهرم ولنا انه مريض صاحب فراش يخشى التلف فأشبهه صاحب الحى الدائمة ، وأما الهرم فان صار صاحب فراش فهو كمثلنا

[الضرب الثالث] من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فان كان عقله قد اخذل مثل من ذبح أو أيدت حشوته فهذا لاحكم لكلامه ولا لعطية لانه لا يبقى له عقل ثابت وان كان ثابت العقل كن خرقت حشوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه وكان تبرعه من الثالث فان عمر رضي الله عنه خرقت حشوته فقبلت وصيته ولم يختلف في ذلك ، وعلي رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى فلم يحكم ببطلان قوله

(الضرب الرابع) مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا لكنه يخاف ذلك كالهرسام وهو بخار يرقى إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل العقل والحى الصالب والرعاف الدائم لانه يصيب في الدم فيذهب القوة ، وذات الجنب وهو قرح يبطن الجنب ، ووجع القلب والرئة فانها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها ، والقولنج وهو أن يتعقد الطعام في بعض الامعاء ولا ينزل عنه ، فهذه كلها مخوفة سواء كان معها حى أو لم يكن وهي مع الحى أشد خوفاً ، فان تاورده الدم واجتمع في عضو كان مخوفاً لانه من

عليهم سبع ليال وثمانية أيام) وان وصى ببيع فقيه وجهان (أحدهما) هو الذكرو وحده لانه في العرف اسم له (والثاني) هو الذكر والانثى لانه يتناولهما جميعاً في لسان الرب فيقول حابيت البعير يريد الناقة ، والجل في لسانهم كالرجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفناء وكذلك الفلوس والبعير كالانسان وان وصى له بثور فهو ذكر وان وصى ببقرة فهي أنثى

(مسئلة) (والدابة اسم للذكر والانثى من الخيل والبغال والحمير)

لان الاسم في العرف يقع على جميع ذلك فان قرن به ما يصرفه إلى أحدها كقوله دابة يقال عليها انصرف الى الخيل وان قال دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال وخرج منه الذكر وان وصى له بحمار فهو ذكر والانثى وان وصى بحصان فهو ذكر والفرس يتناول الذكر والانثى

(مسئلة) (وان وصى له بغير معين كعبد من عبيده صح ويعطيه الورثة ما شاءوا)

الوصية بغير معين كعبد من عبيده وشاة من غنمه صحيحة وقد ذكر ناصحة الوصية بالمجهول فيما مضى وبه يقول مالك والشافعي واسحاق ، واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة اختارها الخرفي ونقل ابن منصور أنه يعطى أحدهم يعني يعطيه الورثة ما أحبوا وهو قول الشافعي وقال مالك قولاً يقتضي أنه إذا وصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم وان كانوا أربعة فله ربعهم فانه قال اذا وصى بعشر من ابله وهي مائة يعطى عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك ، والصحيح ان

الحرارة المفرطة، وإن هاجت به الصفراء فهي مخوفة لأنها تورث يبوسة وكذلك البلغم إذا هاج لانه من شدة البرودة وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفئها، والطاعون مخوف لانه من شدة الحرارة الا انه يكون في جميع البدن، وأما الاسهال فان كان منخرفاً لا يمكنه منعه ولا إمساكه فهو مخوف وإن كان ساعة لان من لحقه ذلك أمرع في هلاكه، وإن لم يكن منخرفاً لكنه يكون تارة وينقطع أخرى فان كان يوماً أو يومين فليس بمخوف لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير وتقطع كأن يخرج منقطعاً فانه يكون مخوفاً لان ذلك يضاعف، وإن دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه زحير أو لم يكن، وما أشكل أمره من الامراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة وهم الأطباء. لانهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة ولا يقبل الا قول طبيين مسلمين ثقتين بالغين لان ذلك يتعلق به مق الوارث وأهل العطايا فلم يقبل فيه إلا ذلك، وقياس قول الحنفي انه يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر على طبيين كما ذكرناه في باب الدعاوى، فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحة لما ذكرناه من قصة عمر رضي الله عنه فانه لما جرح سقاء الطبيب لبنا فخرج من جرحه فقال له الطبيب: اعهد الى الناس، فعهد اليهم ورعى فاتفق الصحابة على قبول عهده. ووصيته، وأبو بكر لما اشتد مرضه عهد الى عمر فنفذ عهده

شاه الله تعالى أنه يعطى عشرة بالعدد لانه الذي تناوله لفظه ولفظه هو المقتضى فلا يعدل عنه لكن يعطى واحداً بالقرعة لانه يستحق واحداً غير معين وليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى القرعة كما أو أعتق واحداً منهم وعلى مانقله ابن منصور يعطيه الورثة ما شاءوا من صحيح أو معيب جيد أو ردي. لانه يتناوله اسم العبد فاجزأ كما لو وصى له بعبد ولم يصفه إلى عبيده

(مسئلة) (وان لم يكن له عبيد لم تصح الوصية في أحد الوجين)

لانه أوصى له بلا شيء فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كبسي ولا شيء فيه أو بداري ولا دار له وهذا أحد الوجين، فان اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا تصح الوصية لانه أوصى بباطل فهو كما لو قال أوصيت لك بما في كبسي ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئاً، ولان الوصية تقتضي عبداً من الموجودين حال الوصية، وقد روى ابن منصور عن أحمد بن حنبل قال في مرضه أعطوا فلاناً من كبسي مائة درهم فلم يوجد في كيسه شيء يعطى مائة درهم فلم يبطل الوصية لانه قصد اعطاء مائة درهم وظنها في الكيس فاذا لم يكن له في الكيس أعطي من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعبد من عبيده اذا لم يكن له عبيد يشتري له عبداً ويعطاه وهذا الوجه الثاني ووجهه أنه لما تعذرت الصدقة بقي أصل الوصية فأشبه ما لو وصى له بألف لا يملكه ثم ملكه

(مسئلة) (فان كان له عبيد فأتوا إلا واحداً تعينت الوصية فيه وكذلك ان لم يكن له إلا عبد واحد لتعذر تسليم الباقي، وان تلف رقيقه جميعهم قبل موت الموصي بطلت الوصية لانها لما تلزم بالموت ولا عبيد له حينئذ، وان تلفوا بعد موته بغير تفریط من الورثة بطلت أيضاً لان التركة عند الورثة غير مضمونة لانها حصلت في أيديهم بغير فعالهم، وان قتلهم قاتل للموصي له قيمة أحدهم مبنياً على

(مسئلة) قال (وكذلك الحامل اذا صار لها ستة أشهر)

يعني عطيتها من الثلث وهذا قول مالك وقال اسحاق اذا انفلت لا يجوز لها الا الثلث ولم يحكم
وحكمه ابن المنذر عن أحمد . وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة : عطية الحامل من الثلث . وقال
أبو الخطاب عطية الحامل من رأس المال ما لم يضربها المخاض فاذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث
وبهذا قال النخعي ومكحول ويحيى الانصاري والاوزاعي واثوري والزهري وابن المنذر ، وهو
ظاهر مذهب الشافعي لأنها قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت ولأنها انما تخاف الموت اذا ضربها الطاق
فأشبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش ، وقال الحسن والزهري : عطيتها
كعطية الصحيح وهو القول الذي للشافعي لأن الغالب سلامتها ، ووجه قول الحرقى ان ستة الاشهر
وقت يمكن الولادة فيه وهي من أسباب التلف ، والصحيح ان شاء الله أنها اذا ضربها الطاق كان مخوفا
لأنه ألم شديد يخاف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الامراض المخوفة ، وأما قبل ذلك فلا ألم بها
واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله "بعيد مع عدمه كالصحيح فأما بعد الولادة فإن
بقيت المشيمة معها فهو مخوف ، وإن مات الولد معها فهو مخوف لأنه يصعب خروجه وإن وضعت الولد
وخرجت المشيمة وحصل ثم ورم أو ضرب بان شديد فهو مخوف وإن لم يكن شيء من ذلك فقد روي

الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة إما قيمة أحدهم بالقرعة أو قيمة من يختاره الورثة لأنه
بدل عما وجب له .

(مسئلة) (وان وصى له بقوس وله أقواس للرحي والبندق والندف فله قوس النشاب لأنه
أظهرها إلا أن يقترب به قرينة تصرفه إلى غيره وعند أبي الخطاب له أحدهم بالقرعة كالوصية بعبد من عبيده)
إذا وصى له بقوس صحت الوصية لأن فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي
أو نبل وهو العربي أو قوس يجرى أو قوس جرح أو ندف أو بندق فإن لم يكن له إلا قوس واحد من هذه القوس
تمت الوصية فيه وان كانت له جميعها وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرفه إلى أحدها انصرف إليه
مثل أن يقول قوس يندف به أو يتعيش به أو نحو ذلك فهذا يصرفه إلى قوس الندف وان قال قوس
ينزرو به خرج منه قوس الندف والبندق ، وان كان الموصى له ندافا لاعادة له بالرمي أو
بندقاً لا عادة له بالرمي بشيء سواء أو يرمي بقوس غيره ولا يرمي بسواه انصرفت الوصية
إلى القوس الذي يستعمله عادة لأن ظاهر حال الموصي أنه قصد نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به
فان انتفت القرائن فاختار أبو الخطاب أنه يأخذ أحدها بالقرعة كالوصية بعبد من عبيده أو يعطيه
الورثة ما يختارونه لأن اللفظ يتناول جميعها . قال شيخنا والصحيح أن وصيته لا تتناول قوس الندف ،
ولا البندق ولا العربية في بلد لا عادة لهم بالرمي بها ، وهذا مذهب الشافعي ، إلا أنه لم يذكر العربية ،

عن أحمد في النفساء ان كانت ترى الدم فمعتيتها من اثالث ويحتمل أنه أراد بذلك اذا كان معه ألم لازمه لذلك في الغالب، ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها اذا كانت ترى الدم كانت كالمرضى وحكمها بعد السقط كحكمها بعد وضع الولد التام، وإن أسقطت مضغة أو علقة فلا حكم له إلا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بخوف

(فصل) ويحصل الخوف بغير ما ذكرناه في مواضع خمسة تقوم مقام المرض (أحدها) اذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل طائفة مكافئة للأخرى أو مقهورة، فاما القاهرة منهما بعد ظهورها فليست خائفة، وكذلك اذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمي بالسهم أو لم يكن فليست حالة خوف، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو متفترقتين وبه قال مالك والاوزاعي والثوري ونحوه عن مكحول وعن الشافعي قولان (أحدهما) كقول الجماعة (والثاني) ليس بخوف لانه ليس بمرض

ولنا أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولأن المرض انما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك، قال أحمد اذا حضر القتال كان عتقه من الثلث وعنه اذا التحم الحرب فوصيته من المال كانه فيحتمل أن يجمل هذا رواية ثانية وتسمى العطفية وصية تجوزاً لكونها في حكم الوصية ولكونها عند الموت ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله لكن

ويكون له واحد مما عدا هذه لان هذه لا يطلق عليها اسم القوس في العادة من غير أهلها حتى يضيها فيقول قوس القطن أو التندق أو البندق، وأما العربية فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطريال الموصي غالباً ويعطى القوس معمولة لانها لا تسمى قوساً إلا كذلك، ولا يستحق ورثها لان الاسم يقع عليها دونه، وفيه وجه آخر أنه يعطاها بورثها لانها لا ينتفع بها إلا به فكان كجزء من أجزائها.

(مسئلة) (وإن وصى له بطل حرب صحت الوصية به لأن فيه منفعة مباحة، وإن كان بطل هو لا يصلح إلا للهو لم تصح لعدم المنفعة المباحة، فإن كان إذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به أيضاً لأن منفعته في الحال معدومة، فإن كان يصلح لها صحت الوصية به لان المنفعة به قائمة، وإن وصى له بطل واطلاق وله طبلان تصح الوصية بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصية الى الطبل المباح فإن كان له طبلان تصح الوصية بجميعهما فله أحدهما بالقرعة أو ما شاء الورثة على اختلاف الروايتين. وإن وصى بشف صحت الوصية به لان النبي صلى الله عليه وسلم قال «اعلنوا التكاح واضربوا عليه بالدف» ولا تصح الوصية بمزمار ولا طنبور ولا عود هو لانها محرمة وسواء كانت فيها الاوتار أو لم تكن لانها مهيأة لفعل المعصية فأشبه ما لو كانت فيه الاوتار.

(مسئلة) (وتنفذ الوصية فيما علم من ماله أو لم يعلم)

وقال مالك لا تنفذ الا فيما علم، وحكي ذلك عن ابان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك

٥١٠ الامور التي يحصل بها الخوف وتقوم بمقام المرض المخوف (المفني والشرح الكبير)

يقف الزائد على اثبات على اجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخائف التالف واحد (الثانية) اذا قدم ليقفل فهي حالة خوف سواء أريد قتل لاقتصاص أو لغيره ولاشأنه فيه قولان (أحدهما) أنه مخوف (والثاني) ان جرح فهو مخوف وإلا فلا لانه صحيح البدن والظاهر العفو عنه

ولنا أن التهديد بالقتل جعل اكرها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم ثبتت هذه الاحكام واذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التالف فمع ظهور التالف وقربه أولى ولا عبرة بصحة البدن فان المرض لم يكره ثبتنا لهذا الحكم لعينه بل لخوف افضائه إلى التالف ثبت الحكم ههنا بطريق التنية لظهور التالف

(الثالثة) اذا ركب البحر فان كان ساكننا فليس بمخوف وإن تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف فان الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله سبحانه (هو الذي يسيركم في البر والبحر حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم برح طيبة وفرحوا بها جاءتها ربيع عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحبط بهم دعوا الله مخلصين له الدين انن أنجيئنا من هذه لكونن من الشاكرين)

(الرابعة) الاسير والمخوس اذا كان من عادته القتل فهو خائف عطيته من ائبل وإلا فلا وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ابل وأحد قولي الشافعي ، وقال الحسن لما حبس الحجاج إياس بن معاوية : ايس له من ماله لا الثلث ، وقال أبو بكر عطية الاسير من الثلث ولم يفرق به قال الزهري

إلا في المدبر فانه يدخل في كل شيء .

ولنا أنه من ماله فدخل في وصيته كالعلوم ولان الوصية بجزء من ماله لفظ عام فيدخل فيه ما لم يعلم به من ماله كما لو نذر الصدقة بثلته

﴿ مسألة ﴾ (وإن وصى بثلته فاستحدث مالا دخل ثلثه في الوصية)

في قول أكثر أهل العلم ولا فرق عندهم بين التلاد والمستفاد في أنه يعتبر ثلث الجميع وعن قال ذلك النخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانه من ماله يرثه ورثته وتقضى منه ديونه أشبه ما ملك قبل الوصية ولما ذكرنا في التي قبلها .

﴿ مسألة ﴾ (وإن قتل وأخذت ديته فهل تدخل الدية في الوصية ؟ على روايتين)

(احدهما) تدخل قال مهنا روي عن أحمد فيمن أوصى بثلث ماله أو جزء مشاع فقتل الموصي وأخذت ديته فقال يستحق منها ، وروي عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ مثل ذلك ، وهو قول الحسن ومالك (والثانية) لا تدخل في وصيته نقلها ابن منصور وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول اسحاق ، وقال مالك في دية العمد لان الدية إنما تجب للورثة بعد موت الموصي لان سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لان الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز أن يجب الميت بعد موته لانه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك فلا تدخل في الوصية لان الميت إنما

(الغني والشرح الكبير). الأمور التي يحصل بها الخوف وتقوم مقام المرض المخوف ٥١٦

والثوري واسحاق وحكاه ابن المنذر عن أحمد، وتأول القاضي ماروي عن أحمد في هذا على ما ذكرناه من التفصيل ابتداء، وقال الشعبي ومالك الغازي عطيته من الثلث، وقال مسروق إذا وضم رجله في الغرز، وقال الاوزاعي المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأ عيناه هو في ثلثه والصحيح إن شاء الله ما ذكرنا من التفصيل لأن مجرد الحبس والاسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجز إلحاقه به، وإذا كان المريض الذي لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فقيره أولى

(الخامسة) إذا وقع الطاعون ببلدة فعن أحمد أنه مخوف ويحتمل أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمرض وإنما يخاف المرض والله أعلم

(فصل) وبعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت فمما خرج من الثلث تبينا ان العطية هبت فيه حال العطية فانما المعطى أو كسب شيئاً قسم بين الورثة وبين صاحبه على قدر مالهما فيه فربما افضى الى الدور فمن ذلك إذا اعتق عبداً لآمال له سواء فكسب مثل قيمته في حياة سيده فللعبد من كسبه بقدر ما اعتق منه وباقية لسيده فيزداد به مال السيد ويزداد الحرية لذلك ويزداد حق من كسبه فينتص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه، فيخرج ذلك بالجبر فيقال عتق من العبد شيء، وله من كسبه شيء، لأن كسبه مثله وللورثة من العبد وكسبه شيئان لأن لهم من ماله ما اعتق منه وقد عتق منه شيء ولا يحسب على العبد ما حصل له من كسبه لانه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده

يوصى بجزء من ماله لا بمال ورثته، ووجه الرواية الاولى أن الدية تجب للحيث لأنها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها، ولأن بدل أطرافه في حياته له فكذلك بدل نفسه بعد موته، ولذلك تقضى منها ديونه ويجوز منها إن كان قبل تجهيزه، وإلما يجوز ورثته من أملاكه ما استغنى عنه فاما ما تعلقت به حاجته فلا ولا يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسقط فيها شيء بعد موته فإنه يملكه بحيث تقضى منه ديونه ويجوز فكذلك ديته لأن تنفيذ وصيته من حاجته فأشبه قضاء ديته.

(مسئلة) (فان وصى بمعين بقدر نصف الدية فهل الدية على الورثة من الثلثين؟ على وجهين) بناء على الروايتين فعلى الرواية الاولى تحسب الدية من ماله فان كانت وصيته بقدر نصف الدية أو أقل منه نفذت الوصية والا أخرج منه قدر ثلثها. وعلى الرواية الثانية لا تحسب الدية وتخرج الوصية من تلاد ماله دون ديته بناء على أن الدية ليست من ماله.

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وتصح الوصية بالمنفعة المفردة وتصح بخدمة عبد ومنفعة أمة وغلة دار وبشجرة بستان أو شجرة سواء وصى بذلك مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله وهذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا تصح الوصية بالمنفعة المفردة لأنها معدومة.

ولنا أنه يصح تملكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال

فصار للعبد شيآن وللورثة شيآن من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين يعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفهما، وإن كسب مثلي قيمته فله من كسبه شيآن صار له ثلاثة أشياء . ولهم شيآن فيقسم العبد وكسبه أخماسا يعتق منه ثلاثة أخماس كسبه وللورثة خمساه وخمسا كسبه ، وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته فله ثلاثة أشياء من كسبه مع ما اعتق منه ولهم شيآن فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه ولهم الثلث منهم وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء . وله نصف شيء . ولهم شيآن فالجميع ثلاثة أشياء ونصف إذا بسطتها انصافا صارت سبعة ، له ثلاثة أسباعا فيعتق ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي لهم فإن كانت قيمة مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئا فقل عتق منه مائة شيء . وله من كسبه تسعة أشياء . ولهم مائتا شيء . ويعتق منه مائة جزء . وتسعة أجزاء من ثلثمائة وتسعة . وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء . من نفسه ومائتان من كسبه ، وإن كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صر في الدين ولم يعتق منه شيء . لأن الدين مقدم على التبرع وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه ما يقضي به الدين وما بقي منها يقسم على ما يعمل في العبد الكامل وكسبه . فلو كان على السيد دين كقيمته صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين . وكذلك بقية الكسب وإن كسب العبد مثل قيمته ولا سيد مال مثل قيمته قسمت العبد ومثلي قيمته على الأشياء الأربعة فلكل شيء ثلاثة أرباع فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه ولو اعتق عبداً قيمته عشرون ثم اعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته

نص عليه أحمد في سكنى الدار وهو قول من قال بصحة الوصية بها، وإن لم تخرج من الثلث أجزء منها بقدر الثلث ، وقال مالك إذا وصى بخدمة عبده سنة فلم تخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين المال ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور إذا وصى بخدمة عبده سنة فإن العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة فإن أراد الورثة بيع العبد يبيع على هذا ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها إذا أخرجت من الثلث أو بقدر ما خرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان

إذا ثبت هذا وأريد تقويمها وكانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها

(فصل) فإن أراد الموصى له بمنفعة العبد أو الدار أجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها فله ذلك ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا تجوز أجارة المنفعة المستحقة بالوصية لأنه أوصى له باستيفائه .

ولنا أنها منفعة يملكها ملكاً تاماً فلك أخذ العوض عنها بالأعيان كما لو ملكها بالأجارة وإن أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد فله ذلك وبه قال أبو ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يخرج به إلا أن يسكون أهله في غير البلد فيخرج به إلى أهله .

لسككت الحرية في العبد الاول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء - وللاورثة شيئان ويقسم العبدان وكسبهما على الاشياء الاربعة فيكون لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه والباقي لهم وان بدأ يعتق الادني عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة ارباعه ويتبعه ثلاثة ارباع كسبه وذلك مثلاً ما اعتق منهما وان اعتق العبدين دفعة واحدة قرعنا بينهما فن خرجت له قرعة الحرية فحكمه كالمالك بدأ باعتاقه (فصل) وان اعتق ثلاثة عبيد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة اقدمهم وكسب اقدمهم مثل

قيمه اقرعنا بينهم لاجراء الدين ^(١) فان وقعت على غير المكتسب عتق كله والمكتسب وماله لاورثة وان وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة ارباعه وله ثلاثة ارباع كسبه وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر لاورثة كما قلنا فيما اذا كان للسيد مال بقدر قيمته ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم اقرعنا بين باقيه وبين العبد الآخر في الحرية فان وقعت على غيره عتق كله ولاورثة ما بقي وان وقعت على المكتسب عتق باقيه واخذ باقي كسبه ثم نقرع بين العبد الآخر ففوت قيمته ففوت قرعة عتق ثلثه وبقي ثلثه والعبد الآخر لاورثة ولو كان العبد موهوباً لانسأن كان له من العبد وكسبه مثل ما للعبد من كسبه ونفسه في هذه المسائل كلها (فصل) وان اعتق عبيد متساويي القيمة بكلمة واحدة ولا مال له غيرهما فمات أحدهما قرع

ولنا أنه مالك لنفسه فمات إخراجهم كالمستأجر .

﴿مسئلة﴾ (إذا أوصى بمنافع عبده أو أمته أبداً أو مدة بعينها فللاورثة عتقها لأنها مملوكة لهم ومنفعتا باقية للعوصى له ولا يرجع على المعتق بشيء وان أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لان العتق للرقبة وهو لا يملكها فان وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد أو أسقطها عنه فللاورثة الانتفاع به لان ما يوهب للعبد يكون لسيدته .

(فصل) ولهم بيعها وتباع مسلوقة المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه وقيل لايجوز بيعها لان ما لا يقع فيه لا يصح بيعه كالخشرات والميتات وقيل يجوز بيعها لما لك منفعتها دون غيره لان مالك منفعتها يجتمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك بخلاف غيره ولذلك جازيعة الثرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره وكذلك بيع الزرع لصاحب الارض ، ووجه الاول انها أمة مملوكة تصح الوصية بها فصح بيعها لغيره ولانه يمكنه اعتاقها وتحصيل ولائها وثواب عتقها بخلاف الخشرات .

﴿مسئلة﴾ (ولهم ولاية تزويجها لأنهم يملكون رقبتها)

وليس لهم ذلك إلا باذن صاحب المنفعة وليس لواحد منهما تزويجها منفرداً لان مالك المنفعة لا يملك رقبتها وصاحب المنفعة يتضرر به فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لهما وكذلك لو طوت

(المغني والشرح الكبير)

(٦٥)

(الجزء السادس)

(١) قوله اقرعنا

بينهم لاجراء الدين فيه نظر لان القرعة لا مدخل لها في تعيين الدين لتعلق الدين بكل جزء من اجزاء التركة بخلاف العتق فانه يتعين بها فذلك يجب أن يقرع للعتق أولاً قوله ولولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه تحكم لا وجه له ويحتاج الى جعل العتق في عبيد لذلك وهو خلاف للاصول اذ كان يمكنه جعل العتق بكلمة واحدة في واحد والله اعلم

بين الحي والميت فان وقعت على الميت فالحي رقيق وتبين أن الميت نصفه حر لان مع الورثة ثلثي نصفه وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة لانه لم يصل اليهم
(فصل) رجل أعتق عبداً لآمال له سواء قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي لسيده بالولاء وتبين أنه مات حراً وكذلك إن خلف أربعين وبناتاً وإن خلف عشرة عتق منه شيء وله من كسبه شيء واسيده شيئان وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل شيئين فتبين أن نصفاً حر ونصفه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء فان خلف العبد ابناً فله من رقبته شيء ومن كسبه شيء يكون لآبيه بالميراث واسيده شيئان فتقسم العشرة على ثلاثة ثلثين لآبائه وثلثاً لسيده وتبين أنه عتق من العبد ثلثه ، وإن خلف بنتاً فلهما نصف شيء وللسيد شيئان فصارت العشرة على خمسة للبت وخمسها وللسيد أربعة أخماسها تعدل شيئين فتبين أن خمس العبد مات حراً ، وإن خلف العبد عشرين وابناً فله من كسبه شيئان يكونان لابنه ولسيده شيئان فصارت العشرة بين السيد وبين ابنة نصفين وتبين أنه عتق منه نصفه فان مات الابن قبل موت السيد وكان ابن معتقه ورثه السيد لانا تبينا أن أباه مات حراً ليكون السيد ملك عشرين وهي مثلاً قيمته فعتق وجر ولأبنته إلى سيده فورثه وإن لم يكن ابن معتقه لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه ، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه .

التزويج وجب تزويجها عند طلبها لانه لحقها وحققا في ذلك مقدم عليها لأنها لو طلبته من سيدها الذي يملك رقبته ومنفعتا لزمه ذلك وقدم حقها على حقه ووليها في الموضعين مالك الرقبة لانه مالكها .

(مسئلة) (وهما ههنا وفي كل موضع واجب للورثة) في اختيار شيخنا لان منافع البضع لا تصح الوصية بها مفردة ولا مع غيرها ، ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بعد التزويج وإنما هي تابعة للرقبة فتكون لصاحبها وعند أصحابنا المهر للموصى له بالمنفعة لانه من منافعها .

(مسئلة) (وان وطئت بشبهة فالولد حر لان وطء الشبهة يكون الولد حراً لاعتقاد الواطيء انه يطاق في ملك فهو كوطء المغرور بأمة وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في أحد الوجهين وفي الآخر يشترى بها ما يقوم مقامها ويجب على الواطيء لانه الذي فوت رقه وإنما اعتبرت قيمته يوم الوضع لان مقتضى الدليل أن تجب قيمته حين العلوق لانه وقت نفويت الحرية فلما لم يمكن ذلك قومناه في أول حال الامكان وذلك حالة وضعه وهي للورثة ولا شيء للوصي فيها لانه إنما وصى له بنفع الام وليس الولد من المنافع ولا وصى له بمنفعته فلا يستحقه .

(مسئلة) (وان قتلت فللورثة قيمتها في أحد الوجهين)

لانهم مالكوها لان القيمة بدل الرقبة فتكون لصاحبها وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل الاجارة وفي الوجه الآخر يشترى بها ما يقوم مقامها لان كل حق تعلق بالعين تعلق ببطلها إذا لم يبطل استحقاقها ويفارق الزوجة والعين المستأجرة لان الاستحقاق يبطل بتلفهما

شيئا أو ملك السيد عشرين من أي جهة كانت، وإن لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن إليه لان أباه لم يعتق وإن عتق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فأنك تقول عتق من العبد شيء وبجر من ولاء أبيه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسته وهما يعدلان شئين وإني العشرة لمولى أمه فيقسم بين السيد ومولى الأم نصفين وتبين أنه قد عتق من العبد نصفه وحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلاً ما عتق من العبد فان مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالا وحكنا بعقق الاب أو عتق بعضه ورث مال ابنه إن كان حراً أو بقدر ما فيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئاً وفي هذه المسائل خلاف تركت ذكره كراهة النطويل

(فصل) في المحاباة في المرض وهي أن يعارض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه وهي على أقسام (أحدها) المحاباة في البيع والشراء ولا يمنع ذلك صحة العقد في قول الجمهور . وقال أهل الظاهر العقد باطل .

ولنا عموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولأنه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض فلو باع في مرضه عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابا المشتري بثاني ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثالث فان أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن لم يجيزوا فاختر المشتري فسخ البيع فله ذلك لان الصفقة تبعضت عليه ، وإن اختار امضاء البيع فالصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع

(مسألة) (وللاوصي استخداما واجارتها واعارتها) لان الوصية له بنفها وهذا منه (مسألة) (وليس لواحد منها وطؤها)

لان صاحب المنفعة لا يملك رقبته ولا هو زوجها ولا يباح وطء بغيرها لقول الله تعالى (إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم) وصاحب الرقبة لا يملكها ملكاً تاماً ولا يأمّن أن تحمل منه فربما أفضى الى هلاكها وإيها وطئها فلا حد عليه لانه وطء بشبهة لوجود الملك لكل واحد منهما وولده حر لانه من وطء شبهة فان كان الواطيء صاحب المنفعة لم تصر أم ولد لانه لا يملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه وحكمها على ما ذكرنا فيما اذا وطئها اجنبي بشبهة وان كان الواطيء مالك الرقبة صارت أم ولد له لانها علقت منه بحرف في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان، وأما المهر فان كان الواطيء ملك الرقبة فلا مهر عليه في اختيار شيخنا وله المهر على صاحب المنفعة ان كان هو الواطيء وعند أصحابنا وأصحاب الشافعي ينعكس الحال وقد تقدم تعليل ذلك ويحتمل ان يجب الحد على صاحب المنفعة اذا وطئ لانه لا يملك الا المنفعة فوجب عليه الحد كالسنة أحر وعلى هذا يكون ولده مملوكاً (مسألة) (وان ولدت من زوج أوزنا فحكمه حكمها)

لان الولد يتبع الام في حكمها كولد المكاتبه والمدبرة ويحتمل ان يكون لملك الرقبة لان ذلك ليس من النفع الموصي به ولا هو من الرقبة الموصي بنفها

بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله . إلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسئلة لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن . وقال أهل العراق يقال له إن شئت أدبت عشرة أخرى وأخذت المبيع ، وإن شئت فسخت ولا شيء لك ، وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسمي أصحابه خلع الثلث ولنا أن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذه جميعه بجميعه فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في أحدهما لعيب أو غيره أو كما لو اشترى شقصا وسيفا فأخذ الشفيع الشقص أو كاشفعاء يأخذ كل واحد منهم جزءاً من المبيع بقسطه أو كما لو اشترى قفيزاً بساوي ثلاثين بقفيز قيمته عشرة وأما الوجه الذي اختاره القاضي فلا يصح لأنه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح كما لو قال بعثك هذا بمائة فقال قبلت نصفه بها ولأنه إذا فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه في قدره من ثمنه ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه

وأما قول أهل العراق فإن فيه إيجاب الوردية على المعارضة ، على غير هذا الوجه الذي عاوض مورثهم وإذا فسخ البيع لم يستحق شيئاً لأن الوصية إنما حصلت في ضمن البيع فإذا بطل البيع زالت الوصية كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة وأجر مثله خمسون فطلب الحسين الفاضلة بدين الحج ، وإن اشترى عبداً

(مسئلة) (وفي نفقتها ثلاثة أوجه)

(أحدها) تجب على مالك الرقبة وهو الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهبا لأحمد وبه قال أبو ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن النفقة على الرقبة فكانت على صاحبها كنفقة العبد المستأجر وكما لو لم يكن له منفعة قال الشريف ولأن الفطرة تلزمه والفطرة تتبع النفقة ووجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه (والثاني) تجب على صاحب المنفعة وهو قول الاصطخري وأصحاب الرأي وهو أصح إن شاء الله تعالى لأنه يملك نفقة على التأيد فكانت النفقة عليه كالزوج ولأن نفقه له فكان عليه ضرره كالمالك لها جميعا يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفق له ضرر مجرد فيصير معنى الوصية أوصيتك بنفقة أمي وأبقيت على ورثتي ضررها والشرع ينفي هذا بقوله «لا ضرر ولا اضرار» ولذلك جعل الحراج بالضمان ليكون ضرره على من له نفقه وفارق المستأجر فإن نفقه في الحقيقة للمؤجر لأنه يأخذ الاجر عوضا عن المنافع (والثالث) أنها تجب في كسبه وهذا راجع الى إيجابها على صاحب المنفعة لأن كسبه من منافعه فإذا صرفت في نفقته فقد صرفت المنفعة الموصى بها الى النفقة فصار كما لو صرف اليه شيئا من ماله سواء فإن لم يكن لها كسب فقيل تجب نفقتها في بيت المال لأن مالك الرقبة لا ينتفع بها وصاحب المنفعة لا يملك الرقبة فلا يلزمه إيجابها وكذلك سائر الحيوانات الموصى بنفقتها قياسا على الامة .

يساوي عشرة ثلاثين فانه يأخذ نصفه بنصف الثمن ، وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز والبيع في ثلثه بثلاثي الثمن ، وعلى قول القاضي المشتري خمسة أسداسه بكل الثمن وطريق هذا أن تنسب الثمن وثلث المبيع الى قيمته فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو خمسة أسداسه وعلى الوجه الاول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقي فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو ثلثا ثلثي الثمن ، فان خلف البائت عشرة أخرى فعلى الوجه الاول يصح البيع في ثمانية أسداسه ثمانية أسداس الثمن . وعلى الوجه الثاني يأخذ المشتري نصفه وأربعة أسداسه بجميع الثمن ويرد نصف تسعة وان باع قفيز حنطة يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة أو بقفيز يساوي خمسة عشر تعيين الوجه الذي اخترناه في قول القاضي ومن واقفه لان المساراة ههنا شرط في صحة البيع ولا تحصل بغير هذا الوجه وطريق حسابها بالجبر فيما اذا باعه بما يساوي ثلث قيمته ان نقول يجوز البيع في شيء من الارتفاع بشيء من الادون وقيمه ثلث شيء فتكون الحجاة بثلاثي شيء القهها من الارتفاع يبق قفيز الا ثلاثي شيء يعدل مثلي الحجاة وذلك شيء وثلاث شيء . فاذا جبر به عدل شيئين فالشيء نصف القفيز

(فصل) [القسم الثاني] الحجاة في التزويج اذا تزوج في مرضه امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك سواها ثم مات فان ورثته بطلت الحجاة الا أن يجهزها سائر الورثة وان لم ترثه لكونها

﴿مسألة﴾ (وفي اعتبارها من الثلث وجهان)

(أحدهما) يعتبر جميعها من الثلث يعني تقوم بمنفعتها ويعتبر خروج ثمنها من الثلث لان أمة لا منفعة فيها لا قيمة لها غالبا (والثاني) تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنفعة فيعتبر ما بينهما فاذا كان قيمتها بمنفعتها مائة وقيمتها مسلوبة المنفعة عشر علمنا ان قيمة المنفعة تسعون .

﴿مسألة﴾ (وان وصى لرجل برقبته ولا آخر بمنفعتها صح) وصاحب الرقبة كالوارث فيما ذكرنا (فصل) واذا وصى بشجرة مدة أو بعماء تنمر أبدا صح ولا يملك واحد من الموصى له والوارث اجبار الآخر على سقيها لانه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره فان أراد أحدهما سقيها بحيث لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه فان يبست الشجرة فخطبها للوارث وان وصى له بشمرها مدة بعينها فلم تحمل في تلك المدة فلا شيء للموصى له وان قال لك ثمرتها أول عام تنمر صح وله ثمرتها في ذلك العام وكذلك اذا وصى له بما تحمل أمته أو شاته وان وصى لرجل بشجرة ولا آخر بشمرها صح وقام صاحب الرقبة مقام الوارث فيما له وان وصى له بلبن شاته وصوفها صح كما تصح الوصية بشجرة الشجرة وان أوصى بلبنها أو صوفها صح ويقوم الموصى به دون العين

(فصل) وإذا وصى لرجل بحب زرع ولا آخر بتبنيه صح والنفقة بينهما لان كل واحد منهما تعنى حقه بالزرع فان امتنع أحدهما من الاتفاق فهما بمنزلة الشريكين أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من

مخالفة له في الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلث ما حاباها به وإن ماتت قبله فورثها ولم تخلف مالا سوى ما أصدقها دخلها الدور فتصح المحاباة في شيء فيكون له خمسة بالصداق وشيء بالمحاباة ويبقى لورثة الزوج خمسة لأشياء ثم رجع إليهم بالميراث نصف مالها وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة فكان لها ثمانية رجع إلى ورثة الزوج نصفها أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة فإن ترك الزوج خمسة أخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحاباة جميعها ورجع جميع ما حاباها به إلى ورثة الزوج وبقي لورثتها صداق مثلها . وإن كان للمرأة خمسة ولم يكن الزوج شيء قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء أربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمسها أربعة عشر رجع إلى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة . وإن كان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع ورثة الزوج ستة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان . والباب في هذا أن ننظر ما يبقى في يد ورثة الزوج فخمسة هو الشيء الذي صحت المحاباة فيه وذلك لأنه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفا والشيء هو خمس شيئين ونصف وإن شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما بقي

(فصل) [القسم الثالث] أن يخالعهما في مرضها بأكثر من مهرها فذهب أحمد أن لورثتها أن

سقيه والاتفاق عليه في ذلك وجهان (أحدهما) يجبر على الاتفاق عليه هذا قول أبي بكر لأن في ترك الاتفاق ضرراً عليهما وإضاعة للمال وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا إضرار » ونهى عن إضاعة المال (والثاني) لا يجبر على الاتفاق على مال نصيبه ولا على مال غيره إذا كان كل واحد منهما منزهاً فكذلك إذا اجتمعا واصل الوجهين إذا استهدم الحائط المشترك فدعا أحد الشريكين الآخر إلى مباناته فامتنع وينبغي أن تكون الثقة عليهما على قدر قيمة كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع

(فصل) وإن أوصى لرجل بخاتم ولا آخر بفصه صح وليس لواحد منهما الاتقاء به إلا باذن الآخر وإيهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب إليه وأجبر الآخر عليه وإن اتفقا على بيعه واصطاحا على لبسه جاز لأن الحق لهما

(فصل) فإن وصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران صح فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منهم منه لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدنيا وإن كانت الدار لا يخرج من الثالث فلهم ما زاد عليه خاصة وترك الباقي فإن كان عليه دينار أو أقل فهو للموصى له وإن زادت فله دينار والباقي للورثة.

﴿مسئلة﴾ تصح الوصية بالمكاتب إذا قلنا يصح بيعه ()

لا يعطيه أكثر من ميراثه منها يكون له الأقل من العوض أو ميراثه منها وبهذا قال أبو حنيفة : إن خالها بعد دخوله بها وماتت قبل انقضاء عدتها لأنها متهمة في أنها قصدت إيصالاً أكثر من ميراثه اليه وعند مالك أن زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة وعن مالك أن خال المريضة باطل. وقال الشافعي الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث

وقال أبو حنيفة أن خالها قبل دخوله بها أو مات بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث، ومثال ذلك امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين لهما سواها وصداق ميثاها اثنا عشر فله خمسة عشر سواها. قل صداقها أو أكثر لأنها قدر ميراثه وعند الشافعي له ثمانية عشر اثنا عشر لأنها قدر صداقها وثلث باقي المال بالمحاباة وهو ستة ، وإن كان صداقها ستة فله أربعة عشر لأن ثلث الباقي ثمانية . مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة ثم مرضت فاختلعت منه بالمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولها شيء. بالمحاباة والباقي له ثم رجع اليه نصف مالها بالمحاباة وهو خمسة ونصف شيء. صار مع ورثته خمسة وتسعون إلا نصف شيء. يعدل شئنين فبعد الجبر يخرج الشيء ثمانية وثلاثين فقد صح لها بالصداق والمحاباة ثمانية وأربعون وبقي مع ورثته اثنتان وخمسون فرجع اليهم بالخلم أربعة وعشرون فصار معهم ستة وسبعون وبقي المرأة أربعة وعشرون ، وعند الشافعي يرجع اليهم صداق المثل وثلث شيء. بالمحاباة فصار بأيديهم مائة إلا ثلثي شيء. يعدل شئنين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو

لأنه مملوك يصح بيعه فصحت الوصية به كالقن ويقوم من انتقل اليه مقام السيد في الاداء اليه وإن عجز عاد رقيقاً له وإن عتق فالولاء له كالمشتري فإن عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية لأن رقه لا ينافيها وإن أدى بطلت فإن قال إن عجز ورق فهو لك بعد موتي فعجز في حياة الموصي صحت الوصية وإن عجز بعد موته بطلت كما لو قال لعبده أن دخلت الدار فانت حر بعد موتي فلم يدخلها حتى مات سيده وإن قال إن عجز بعد موتي فهو لك ففيه وجهان نذكرهما في العتق فيما إذا قال إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر

(مسئلة) وإن وصى له بمال الكتابة أو ينجم منها صح

لأنها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه في الحال كحمل الجارية والموصى له أن يستوفي المال عند حلوله وله أن يبريء منه ويعتق بأحدهما والولاء لسيده لأنه المنعم عليه فإن عجز وأراد الوارث تمجيظه وأراد الوصي انظاره فالقول قول الوارث لأن حق الوصي في المال إذا كان العقد قائماً وحق الوارث متعلق به إذا عجز برده في الرق وليس للوصي ابطال حق الوارث من تمجيظه وكذلك إن أراد الوارث انظاره وأراد الوصي تمجيظه فالحكم للوارث ولا حق للوصي في ذلك ولا نفع له لأن حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبداً للوارث وإن وصى بما يجعله المكاتب صح فإن عجل شيئاً فهو للوصي وإن لم يعجل شيئاً حتى حلت نجومه بطلت الوصية

سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل رجع اليه مهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف فيصير بأيدي ورثته خمسة وسبعون وهو مثلاً محاباتها وعند أبي حنيفة يرجع اليهم ثلث العشرة وثلث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء فالشيء ثلاثة أثلاثا وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون رجع إلى الزوج ثلثها صار لورثتها ثلاثون ولورثته سبعون هذا إذا ماتت بعد انقضاء عدتها، وإن تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساً ذلك وهو ثمانية وخمسون وهو الذي صحت الحاباة فيه فلها ذلك. وعشرة بالمثل صار لها مائة وثمانية وستون رجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون وكان الباقي معه اثنان وثلاثون صار له مائة وستة عشر ولورثتها أربعة وثلاثون

فصل في الهبة

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخاف بنتا قد صحت الهبة في شيء والباقي لأواهب ورجع اليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صار معه مائة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساً ذلك أربعون رجع إلى الواهب نصفها عشرون صار معه ثلاثون وبقي لورثته أخي الواهب عشرون وطريقها بالباب أن تأخذ عدداً ثلثه نصف وهو ستة فتأخذ ثلثه اثنين وتلقى نصفه

(مسئلة) (وان وصى لرجل برقبته وآخر بما عليه صح فان أدى إلى صاحب المال أو أبرأه منه عتق وبطلت وصيته صاحب الرقبة)

قاله أصحابنا ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له لانه أقامه مقام نفسه ولو لم يوص بها كان انولاء له فاذا أوصى بها كان الولاء للموصى له وكما لو وصى له بالمسكاتب مطلقا لان الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال وان عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقا له وبطلت وصية صاحب المال وان كان صاحب المال قبض من مال الكتابة شيئا فهو له فان اختلفا في فسخ الكتابة بعد العجز قدم قول صاحب الرقبة لانه يقوم مقام الورثة على ما ذكرنا.

(فصل) فان كانت الكتابة فاسدة فوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم يصح لانه لا شيء في ذمته فان قال أوصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لان الكتابة الفاسدة يؤدي منها المال كما يؤدي في الصحيحة وان وصى برقبة المكاتب فيها صح لانها تصح في المكاتب الصحيحة في الفاسدة أولى والله أعلم (فصل) واذا قال اشتروا بثني رقابا فاعتقوهم لم يحز صرفه إلى المكاتبين لانه أوصى بالشراء لا بالدفع اليهم فان اتسم الثلث لم يحز أن يشتري أقل منها لأنها أقل الجمع فان قدر أن يشتري أكثر من ثلاثة بثمان ثلاثة غالية كان أولى وأفضل لان النبي ﷺ قال « من أعتق امرأ مسلما أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار » ولانه يفرج عن نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك وان أمكن

سهما يبقى سهم فهو الموهوب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة سهم على خمسة والسهم الذي اسقطناه لا يذكر لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية فيجب اطراحه كاسهام الغاضلة عن الفروض في مسألة الرد، وشبه هذه المسئلة من مسائل الرد أم واختان فللاختين أربعة والأم سهم يسقط ذكر السهم السادس، ولو كان ترك اثنتين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سهمان يبقى سهمان فهي التي تبقى اورثة الموهوب له ويبقى ستة لواهب وهي مثلاً ما جازت الهبة فيه، وإن خلف امرأة وبنات فمسئلتها من ثمانية تضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تسقط منها الثلاثة التي ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهي المال وتأخذ ثلث الأربعة والعشرين وهي ثمانية تلتقى منها الثلاثة يبقى خمسة وهي الباقية لورثة الموهوب له والباقي للواهب فتقسم المائة على هذه السهام

(فصل) فان وهب مريض مريضاً مائة لا يملك سواها ثم عاد الموهوب له فوهبها لأول، ولا يملك سواها فبالباب نصرب الثلاثة في ثلاثة ونسقط منها سهمان يبقى ثمانية فاقسم المائة عليها الكل سهم

شراء ثلاثة رخيصة وحصة من الرابعة بمن ثلاثة غالية فالثلاثة أفضل لان النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب قال « أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها » والقصد من العتق تكميل الاحكام من الولاية والجمعة والحج والجهاد وسائر الاحكام التي تختلف بالرق والحرية ولا يحصل ذلك الا باعناق جميعه، وهذا التفصيل والله أعلم من النبي ﷺ أما يكون مع التساوي في المصلحة، فأما ان ترجح بعضهم بدين وعفة وصلاح ومصلحة له في العتق بأن يكون مضروراً بالرق وله صلاح في العتق وغيره له مصلحة في الرق ولا مصلحة في العتق بل ربما تضرر به من فوات ثقته وكفايته ومصلحه وعجزه بعد العتق عن الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ فان اعتاق من كثرت المصلحة في اعتاقه أفضل وأولى وان قلت قيمته ولا يسوغ اعتاق من في اعتاقه مفسدة لان مقصود الموصي تحصيل الثواب والاجر ولا أجر في اعتاق هذا، ولا يجوز أن يعتق الا رقبة مسلمة فان الله تعالى لما قال (فتحرير رقبة) لم يتناول الا المسلمة ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى ولا يجوز اعتاق معيبة عيباً يمنع من الاجزاء في الكفارة والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ومن اوصي له بشيء بعينه فتلغ قبل موت الموصي او بعده بطلت الوصية) كذلك حكاه ابن المنذر فقال أجمهر كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا وصي له بشيء فهلك الشيء ان لا شيء له في سائر مال الميت وذلك لان الموصي له انما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بمعين فاذا ذهب ذهب حقه كما لو تلف في يده والتركه في يد الورثة غير مضونة عليهم لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ولا تفریطهم فلا يضمنوا شيئاً

(مسئلة) (ولو تلف المال كله غيره بعد موت الموصي فهو للموصي له)

خمس وعشرون ثم خذ ثلثها ثلاثة أسقط منها سها يبقى سهران فهو للموهوب الاول وذلك هو الرمز وبالجملة قد صحت الهبة في شيء ثم صحت الهبة الثانية في ثلثه بقي الموهوب الاول ثلثا شيء والواهب مائة الا ثلثي شيء يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشيء سبعة وثلثين ونصفا رجع إلى الواهب ثلثها اثنا عشر ونصف وبقي للموهوب له خمس وعشرون فان خلف الواهب مائة أخرى فقد بقي مع الواهب مائتان إلا ثلثي شيء تعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وذلك خمس وسبعون رجع إلى الواهب ثلثها بقي مع ورثته خمس

(فصل) فان وهب رجل رجلا جارية فتقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة في شيء وسقط عنه مهرها ثلث شيء وبقي للواهب أربعون إلا شيئا وثلثا يعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشيء خمس

لان حقوق الورثة لم تتعلق به لتعينه للموصى له ولذلك يملك أخذه بغير رضاهم واذنهم فكان حقه فيه دون سائر المال فحقوقهم في سائر المال دونه فأبهم تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه كما لو كان التلف بعد ان اخذه الموصى له وكالورثة اذا اقتسموا ثم تلف نصيب احدهم قال احمد فيمن خلف مائتي دينار وعبد قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فمردت الدنانير بعد الموت فالعبد للموصى له به

﴿مسئلة﴾ (وان لم يأخذه زمانا قوم وقت الموت لا وقت الأخذ)

وذلك لان الاعتبار في قيمة الوصية وخروجها من الثلث وعدم خروجها بحالة الموت لانها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهذا قول الشافعي واحتج بالرائي ولا نعلم فيه خلافا فينظر كم كان الموصى به وقت الموت فان كان ثلث التركة او دونه نفذت الوصية واستحققه الموصى له كله فان زادت قيمته حتى صار معادلا لسائر الاموال او اكثر منه او هلك المال كله سواء فهو للموصى له ولا شيء للورثة فيه فان كان حين الموت زائداً عن الثلث فللموصى له منه قدر ثلث المال فان كان نصف المال فللموصى له ثلثاه وان كان ثلثيه فللموصى له نصفه وان كان نصف المال وثلثه فللموصى له خمساه فان نقص بعد ذلك او زاد او نقص سائر المال او زاد فليس للموصى له سوى ما كان حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى له كله وان كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه لأنهما ثلث المال فان نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثيه شيئاً الا ان يحيز الورثة وان كانت قيمته اربعمائة فللموصى له نصفه لا يزداد حقه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد

﴿مسئلة﴾ (فان لم يكن له سوى المعين الا مال غائب أو دين في ذمة مؤسر أو مسر فللموصى له ثلث الموصى به وكلما اقتضى من الدين شيء او حضر من الغائب ملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يكمله كله)

ذلك وعشره وهو اثنا عشر وذلك خمساً الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للأواهب ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها ستة، ولو وطئها اجنبي فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماس للأواهب وخمساه للموهوب له إلا أن نفوذ الهبة فيما زاد على الثلث منهما موقوف على حصول المهر من الواطي، فإن لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها وكما حصل منه شيء نفذت الهبة في الزيادة بقدر ثلثه، وإن وطئها الواهب فعليه من عمرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون إلا شيئاً يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطي وعليهم عمر الذي جازت الهبة فيه فإن أخذ من الجارية بقدرها صار له خمسها

(فصل) وإن وهب مريض رجلاً عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قيل الموهوب له أما أن تقديه وأما أن تسلمه فإن اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لا تنقص الهبة فيه وذلك لأن العبد كله قد صار إلى ورثة الواهب وهو مثلاً نصفه فتبين أن الهبة جازت في نصفه وإن اختار فداءه ففيه روايتان.

(أحدهما) يقديه بأقل الأمرين من قيمة نصيبه منه أو أرض جنايته (والأخرى) يقديه بقدر ذلك من أرض جنايته بالغة ما بلغت، فإن كانت قيمته دية فأنك تقول صحت الهبة في شيء وتدفع اليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فتبين أن الشيء نصف العبد وإن كانت قيمته ديتين واختار

وجملة ذلك أن من أوصى بمعين حاضر وسائر ماله دين أو غائب فليس للوصي أخذ المعين قبل قدوم الغائب وقبض الدين لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله ويأخذ الوصي من المعين ثلثه وهو ظاهر كلام الحارثي ذكره في المدبر وقيل لا يدفع إليه شيء لأن الورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل الورثة مثلاً ولم يحصل لهم شيء وهذا وجه لأصحاب الشافعي، والصحيح الأول لأن حقه في الثلث مستقر فوجب تسليمه إليه لعدم الفائدة في وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ولأنه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين إلى الوصي وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصية وتسليمها ولا يمنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وإن لم ينتفع الورثة بشيء كما لو أبرأ معسراً من دين عليه وقال مالك لنخير الورثة بين دفع العين الموصى بها وبين جعل وصيته ثلث المال لأن الموصي كان له أن يوصي بثالث ماله فعُدل إلى الممين وليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة على تقدير تلف الباقي قبل وصوله إلى الورثة فيقال للورثة إن رضيم بذلك والا فمودوا إلى ما كان له أن يوصي به وهو الثلث

ولنا أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لأجنبي فوقع لازماً كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح لأن جمل حقه في قدر الثلث اشاعة وإبطال لما عينه فلا يجوز إسقاط ما عينه الموصي للموصى له ونقل حقه إلى ما لم يوص به كما لو وصى له بمشاع لم يحز نقله إلى معين، وكما لو كان المال كله

دفعه فان الهبة تجوز في شيء وتدفع اليهم نصفه يبقى معهم عبد الا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسة وبرد اليهم ثلاثة اخماسه لا تنقص الهبة وخمسا من اجل جنائته فيصير لهم اربعة اخماسه وذلك مثلا ما جازل الهبة فيه وان اختار فداءه فداء بخمسة الدية ويبقى لهم ثلاثة اخماسه وخمسا الدية وهي بمنزلة خمس منه ويبقى له خمسة وان كانت قيمته نصف الدية او قل وقلنا نفديه بارش جنائته نفذت الهبة في جميعه لان ارشها اكثر من مثلي قيمته او مثليها ، وان كانت قيمته ثلاثة اخماس الدية فاختر فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء وينفديه بشيء وثلاثين فصار مع الورثة عبد وثلاث شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة ارباع فتصح الهبة في ثلاثة ارباع العبد ويرجع الى الواهب ربعة مائة وخمسون وثلاثة ارباع الدية سبعة مائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا ما صحت الهبة فيه فان ترك الواهب مائة دينار فاضممها الى قيمة العبد فان اختار دفع العبد دفع ثمة وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لا تنقص الهبة فيصير العبد والمائة وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه وان اختار الفداء فقد علمت انه ينبغي ثلاثة ارباعه اذا لم يترك شيئا فزد على ذلك ثلاثة ارباع المائة يصير ذلك سبعة اثمان العبد فينفديه بسبعة اثمان الدية (فصل) مريض أعتق عبدا لآمال له سواء قيمته مائة فقطع اصبع سيده خطأ فانه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته ويصير لسيده نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ما عتق منه وأوجبنا نصف قيمته عليه

حاضراً أو غائباً. إذا ثبت هذا فان الموصى له ثلث العين الحاضرة وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فلا وصى له بقدر ثلثه من الموصى به كذلك حتى يكمل للموصى له الثالث أو يأخذ المعين كله، فلو خلف تسعة عيناً وعشرين ديناراً وابناً ووصى بالتسعة لرجل فللوصي ثلثها الثلاثة وكلما اقتضي من الدين شيء فلا وصى لثله فاذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضي ثمانية عشر فتمكمل له التسعة فان جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ولو كان الدين تسعة فان الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصي ثلثها ويبقى ثلثها موقوفاً كلما استوفى من الدين شيء فلا وصى من العين قدر ثلثه فاذا استوفى الدين كله كل للموصى له ستة وهي ثلث الجميع ، وإن كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصي ثلثها ، وأخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً ، فمضى اقتضي من الدين مثليه كملت وصيته .

﴿مسألة﴾ (وكذلك الحكم في المدبر) في أنه يعتق في الحال ثلثه وكلما اقتضي من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء عتق منه بقدر ثلثه حتى يعتق جميعه ان خرج من الثلث .

(فصل) فان كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفائه فكلما اقتضي منه شيء فله ثلثه والابن ثلثه وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفي وصيته ، وهذا قول أهل العراق لان ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر .

لان عليه من ارش جنايته بقدر ما عتق منه. وحسابها ان تقول عتق منه شيء، وعليه شيء، لا سيد فصار مع السيد عبد الاشيثا وشيء، يعدل شيئين فاسقط شيئاً بشيء، بقي مائة من العبد يعدل شيئاً مثل ما عتق منه ولو كانت قيمة العبد مائتين عتق خمسه لانه يعتق منه شيء، وعليه نصف شيء، لا سيد فصار لا سيد نصف الشيء، وبقية العبد يعدل شيئين فيكون بقية العبد يعدل شيئاً ونصفاً وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عتق خمسه، وان كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لانه يلزمه مائة وهي مثله أو أكثر وان كانت قيمته ستين قلنا عتق منه شيء، وعليه شيء، وثلاثا شيء، لا سيد مع بقية العبد يعدل شيئين وبقية العبد إذا ثلث شيء، فيعتق منه ثلاثة أرباعه، وعلى هذا القياس إلا أن مازاد في العتق على الثلث ينبغي أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة كما اذا دبر عبداً وله دين في ذمة غريم لا فكما اقتضى من النعمة شيئاً عتق من الموقوف بقدر ثلثه

(فصل) فان أعتق عبدین دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الأدنى على الارتفاع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في حياة سيدهما ثم مات أقرعنا بين العبدین فان وقعت على الجاني عتق منه أربعة أخماسه وعليه أربعة أخماس أرش جنايته وبقي لورثة سيده خمسه وأرش جنايته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلاً ما عتق منه. وحسابها أن تقول عبد عتق منه شيء، وعليه نصف شيء، لان جنايته بقدر نصف قيمته بقي لا سيد نصف شيء، وبقية العبدین تعدل شيئين فعلمت أن بقية العبدین شيء، ونصف فاذا أضمت إلى ذلك الشيء، الذي عتق صاراً جميعاً يعدلان

وانما ان الورثة شركاؤه في الدين وليس له معهم شركة في العين فلا يختص بما يخرج منه دونهم، كمالو كان شريكه في الدين وصياً آخر، وكما لو وصى لرجل بالعين ولا خر بالدين فالمنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه دون صاحبه كذا ههنا.

(فصل) ولو وصى لرجل بثلاث ماله وله مائتان ديناً وعبد يساوي مائة ووصى لآخر بثلاث العبد اقتسم ثلث العبد نصفين وكما اقتضى من الدين شيء فله وصى له بثلاث المال ربعه، وله والاخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما نصفين فاذا استوفى الدين كله كمل للوصيين نصف العبد ولصاحب الثلث ربع المائتين وذلك هو ثلث المال، وإن استوفى الدين قبل القسمة قسم بينهما كذلك للموصى له ثلث العبد ربعه، لأن للوصيين أربعة أضعاف المال والجائز منها ثلث المال وهو ثلاثة أضعاف وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما، فرددنا كل واحد منهما إلى ثلاثة أرباع وصيته وهي ربع المال كله لصاحب ثلثه وربيع العبد لصاحب ثلثه، وفي المسئلة أقوال سوى ما قلناه تركناها لطولها، وهذا أسدها إن شاء الله لانا أدخلنا النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية وكلنا لها الثلث فان أحجز لها أخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر.

(فصل) وان خلف ابنين وترك عشرة عينا وعشرة ديناً على أحد ابنيه وهو معسر ووصى لأجنبي بثلث ماله فان الوصي وابن الذي لا دين عليه يقتسمان العشرة العین نصفين ويسقط عن المدين ثلثا

شيعين ونصفا فالشيء السكامل خمسهما وذلك أربعة أخماس أحدهما . وإن وقعت قرعة الحرية على المجني عليه عتق ثلثه . وله ثلث أرض جنايته يتماق برقة الجاني وذلك نسم الدبة لأن الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق والواجب له من الأرض يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيد مال سواء فيعتق ثلثه ويرق ثلثه ، وإن أعتق عشرين قيمة أحدهما خمسون وقيمة الآخر ثلاثون فجنى الأدنى على الارتفاع فتقصه حتى صارت قيمته أربعين أفرعنا بينها فان خرجت القرعة للأدنى عتق منه شيء . وعليه ثلث شيء فبعد الجبرتين أن العبدین شيآن وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانهما وقيمة هما سبعون فثلاثة أثمانها سبعة وعشرون وربعم^(١) وهي من الأدنى نصفه وخمساه ونصف سدس عشره ، وإن وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجاني فيأخذه بها أو يفديه المعتق ، وقد بقيت فروع كثيرة وفيما ذكرنا ما يستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبدین من أجل وجوب الأرض للسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الأرض كما ذكرنا من قبل والله أعلم

(١) صوابه ستة

وعشرون وربعم وهي من الأدنى نصفه وربعم وثمنه

﴿مسئلة﴾ قال (ومن جاوز العشر سنين فوصيته جائزة إذا وافق الحق)

هذا المنصوص عن أحمد فإنه قال في رواية صالح وحنبلي تجوز وصيته إذا بلغ عشر سنين قال

دينه ويبقى لما عليه ثلثه، فإن كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينهما أخماسا للوصي خمساها أربعة وللأبن ستة وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه وبقي عليه ربعه فإذا استوفى قسم بينهما أخماساً كما قسمت العين لأن الوصية بالربع وهو ثمان ويبقى ستة أثمان لكل ابن ثلاثة أثمان فصار نصيب الوصي والابن الذي لا دين عليه خمسة أثمان للابن ثلاثة وللوصي سهمان فلذلك قسمنا العين وما حصل لهما من الدين أخماساً وسقط عن المدين ثلاثة أرباع ما عليه لأن له ثلاثة أثمان وهي ثلاثة أرباع النصف الذي عليه :

(فصل) ونماء العين الموصى بها إن كان متصلاً تبعها وهو للموصى له ، وإن كان منفصلاً في حياة الموصي فهو له يكون ميراثاً وإن حدث بعد الموت قبل القبول فهو للورثة في ظاهر المذهب وقيل للوصي وقد ذكرناه .

﴿مسئلة﴾ (وإن وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه فله الثلث الباقي وإن وصى له بثلث ثلاثة أعبد فاستحق اثنين منهم أو مائتا فله ثلث الباقي)

إذا وصى له بيمين فاستحق بعضه فله ما بقي منه إن حمله الثلث فإذا وصى له بثلث عبد أو دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصى له وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لأن الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئاً معيناً وإن وصى له بثلث ثلاثة أعبد فلهك عبدان أو استحقا فليس له إلا ثلث الباقي

أبو بكر لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وما بين السبع والعشر فلى روايتين ، وقال ابن أبي موسى لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية قولاً واحداً وما زاد على العشر فتصح على المنصوص ، وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ ، وقال الشافعي وأبو الخطاب تصح وصية الصبي إذا عقل ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية الصبي وهو قول عمر بن عبدالعزيز وشريح وعطاء والزهرى وإياس وعبد الله بن عتبة والشعبي والبخاري ومالك وإسحاق ، قال إسحاق إذا بلغ اثنتي عشرة وحكمه ابن المنذر عن أحمد وعن ابن عباس لا تصح وصيته حتى يبلغ وبه قال الحسن ومجاهد وأصحاب الرأي ولشافعي قولان كالْمذهبين . واحتجوا بأنه تبرع بالمال فلا يصح من الصبي كالملة والعنق ولأنه لا يقبل إقراره فلا تصح وصيته كالطفل

ولنا ما روي أن صبياً من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته برواه سعيد ، وروى مالك في موطنه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إنهم ناغلاماً بناعاً لم يحتمل وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا ابنة عم له فقال عمر فليوص لها فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبعت ذلك المال بثلاثين ألفاً ابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سالم ، قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشرة أو اثنتي عشرة سنة وهذه قصة ائْتُسرت فلم تنكر ولأنه تصرف بمحض نفعه للصبي فصح منه كالأسلام والصلاة وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لأنه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلثه وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه .

﴿مسئلة﴾ (وان وصى له ببعد لا يملك غيره قيمته مائة ولا آخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتان فأجاز الورثة فالله وصى له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد والله وصى له بالعبد ثلاثة أرباعه وان ردوا فقال الخرقى للموصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد والموصى له بالعبد نصفه قال شيخنا وعندي أنه يقسم الثلث بينهما على حسب مالهما في حال الاجازة لصاحب الثلث ثمن المائتين وعشر العبد ونصفه عشره ولصاحب العبد ربه وخمسه)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولا خير بحجزه مشاع منه كثنائه فاجيز لهما انفراد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقسم بينهما على قدر حقيقتهم ما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كسائل العول وكل الوصى لرجل ماله ولا خير بحجزه منه قاما في حال الرد فان كانت وصيتهما لتجاوز الثلث مثل ان يوصى لرجل بسدس ماله ولا خير بمعين قيمته سدس المال فهي كحالة الاجازة سواء إذ لا أثر للرد وإن جاوزت الثلث رددنا وصيتهما الى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما الا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال هذا قول الخرقى وسائر الاصحاب ويقوى عندي أنهما في حال الرد يقتسمان الثلث على حسب مالهما في حال الاجازة وهذا

غناه عن ماله فلا يباحقه ضرر في عاجل ديناه ولا أخراه بخلاف الهبة والعق المنجز فانه يفوت من ماله ما يحتاج اليه واذا ردت رجعت اليه وههنا لا يرجع اليه بالرد والطفل لا عقل له ولا يصح اسلامه ولا عباداته ، وقوله اذا وافق الحق يعني اذا وصى بوصية يصح ثلها من البالغ صحت منه وإلا فلا ، قال شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان من أصاب الحق أجرنا وصيته

(فصل) فأما الطفل وهو من له دون السبع والمجنون والبرص فلا وصية لهم وهذا قول أكثر أهل العلم منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وأصحاب الرأي ومن تبعهم ولا نعلم أحداً خالفهم إلا إياس بن معاوية قال في الصبي والمجنون اذا وافقت وصيتهما الحق جازت وليس بصحيح فانه لا حكم لكلامهما ولا تصح عبادتهما ولا شيء من تصرفاتهما فكذا الوصية بل أولى فانه اذا لم يصح اسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها فلا يزال يصح بذله للمال بتضرر به وارئه أولى ولانها تصرف يفتقر إلى إيجاب وقبول فلا يصح منهما كالبيع والهبة

(فصل) فأما المحجور عليه لاسفه فان وصيته تصح في قياس قول أحمد قال الخبيري وهو قول الأكثرين ، وقال أبو الخطاب في وصيته وجهان

ولنا أنه عاقل تصح وصيته كالصبي العاقل ولان وصيته تمحضت نفعا له من غير ضرر فصحت كعبادته ، وأما الذي يمين أحيانا ويخلف أحيانا فان وصى حال جنونه لم تصح ، وإن وصى في حال

قول ابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومالك في الرد يأخذ صاحب الممين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه الى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرقى لان له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الخرقى الا أن الخرقى يعطيه السدس من جميع المال وعندها أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد وانفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع الى نصف وصيته لان كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجعت الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد الى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية ، وفي قول الخرقى يأخذ سدس الجميع لانه وصى له بثلث الجميع ، وأما في قول شيخنا فان وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لانه وصى له بشيء شركه معه غيره فيه وصاحب السدس أفرد بشيء لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في حال الاجازة كما في سائر الوصايا ففي هذه المسألة لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لا يزاحمه الا آخر فيها ويشتركان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه قابسطة من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضم اليها الثلث الذي للآخر يصير أربعة ثم اقسام العبد على أربعة أسهم يصير الثلث ربعاً كما في مسائل العول وفي حالة الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد الى نصفه ، وفي قول شيخنا تضرب مخرج الثلث في مخرج الربع

عقله صحت وصيته لانه بمنزلة العقل في شهادته ووجوب العبادة عليه فكذلك في وصيته وتصرفاته ولا نصح وصية السكران ، وقال أبو بكر فيه قولان يعني وجهين ولنا أنه ليس بمعاقل فلا نصح وصيته كالمجنون ، وأما إيقاع طلاقه فانما أوقعه من أوقعه نفيظاً عليه لارتكابه المعصية فلا يتعدى هذا إلى وصيته فانه لا ضرر عليه فيها إنما الضرر على وارثه ، وأما الضعيف في عقله فان منع ذلك رشده في ماله فهو كالسفيه والافو كالمعاقل

(فصل) ونصح وصية الآخرس اذا فهمت اشارته لانها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرها فان لم تفهم اشارته فلا حكم لما وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وغيرهما ، فأما الناطق اذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت اشارته لم نصح وصيته ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة، وقال الشافعي وابن المنذر نصح وصيته لانه غير قادر على الكلام أشبه الآخرس واحتج ابن المنذر بأن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد فأشار اليهم فتعدوا . رواه البخاري وخرجه ابن عقيل وجها اذا اتصل باعتقال لسانه الموت

ولنا أنه غير مأیوس من نطقه فلم نصح وصيته بإشارته كالتقادر على الكلام والخبر لا يلزم فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام ولا خلاف في أن إشارة التقادر لا نصح بها وصية ولا اقرار ففارق الآخرس لانه مأیوس من نطقه

يكن اثني عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة فبعضها إلى صاحب الثلث تصير عشرين سهماً ففي حال الرد يجعل الثلث عشرين سهماً والمال كله ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربه وخمسة ولصاحب الثلث ثمانية من المائتين وهي خمسة وثلثه من العبد وذلك عشرة ونصف عشرة

﴿مسئلة﴾ (وان كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فله في حال الاجازة مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه .

وفي الرد لصاحب النصف خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساه هذا قول أبي الخطاب وهو قياس قول الحنفي وعلى اختيار شيخنا لصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه والطريق فيها ان ينسب الثلث إلى ما حصل لهما في حال الاجازة ثم يعطي كل واحد مما حصل له في الاجازة مثل نسبة الثلث إليه وعلى قول الحنفي ينسب الثلث إلى وصيتهما جميعاً ثم يعطي كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة وبيانه في هذه المسئلة أن نسبة الثلث إلى وصيتهما بالخمسين لان النصف والثلث خمسة من ستة فالثالث خمسها فلصاحب العبد خمسها لانه وصيته ولصاحب النصف الخمس لانه خمساً وصيته وعلى اختيار شيخنا قد حصل لهما في الاجازة الثلثان ونسبة الثلث اليهما بالنصف

(فصل) وإن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لانه لا مال لهم ، وإن أعتقهم ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لأن لهم قولاً صحيحاً وأهلية تامة وإنما فارقوا الحر بأنهم لا مال لهم والوصية تصح مع عدم المال كما لو وصى الفقير الذي لا شيء له ثم استغنى ، وإن قال أحدهم متي عتقت ثم مت فثلاثي لفلان وصية فعتق ومات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور ولا أعلم عن غيرهم خلافهم

(فصل) وتصح وصية المسلم للذي والذي للمسلم والذي للذي ، روي إجازة المسلم للذي عن شريح والشعبي والثوري والشاذلي رضي الله عنه وإسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وقال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة في قوله تعالى (إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفًا) هو وصية المسلم لليهودي والنصراني . وقال سعيد حدثنا شيبان عن أبيوب عن عكرمة أن صفية بنت حيي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف وكان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فيرث فأبى فأوصت له بثلاث المائة ألف ولانه تصح له الهبة فصحت الوصية له كالمسلم وإنما صحت وصية المسلم للذي فوصية الذي للمسلم والذي للذي أولى ولا تصح إلا بما تصح به وصية المسلم للمسلم ولو أوصى لوارثه أو لأجنبي بأكثر من ثلثه وقف على إجازة الورثة كالمسلم سواء.

(فصل) وتصح الوصية للجربي في دار الحرب نص عليه أحمد وهو قول مالك وأكثر أصحاب الشاذلي رضي الله عنه ، وقال بعضهم لا تصح وهو قول أبي حنيفة لأن الله

فلكل واحد منهما مما حصل في الإجازة نصفه وقد كان لصاحب النصف من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له ثلثه

(فصل) فإن كانت المسألة بحالها وملكه غير العبد ثلاثمائة ففي الإجازة لصاحب النصف مائة وخمسون وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه وفي الرد لصاحب النصف تسعة مائة كله ولصاحب العبد أربعة وتسعة على الوجه الأول وعلى اختيار شيخنا لصاحب العبد ثلثه وخمس تسعة وللآخر تسعة وثلث خمسة ومن المال ثمانون وهو ربعها وسدس عشرها وإن وصى لرجل بجميع ماله وللآخر بالعبد ففي الإجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب العبد خمسة وهو ربع العبد وسدس عشره وللآخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ومن كل مائة مثل وهو ثمانون .

(فصل) فلو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ووصى بالعبد الآخر ففي حال الإجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب المائة بنصف الباقي وفي الرد للموصى له بالعبد ثلثه وللآخر ثلث والمائة وعلى الوجه الآخر لصاحب العبد ربعه وللآخر ربعه ونصف المائة يرجع كل واحد منهما إلى نصف نصيبه فإن لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى بسدس ماله لرجل وللآخر بالعبد فلا أثر للرد ههنا وبأخذ صاحب المشاع سدس

نعم إلى قال (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤم وتقسطوا إليهم — إلى قوله — إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين) الآية فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره

ولنا أنه نصح هبته فصحت الوصية له كالذي ، وقد روي أن النبي ﷺ أعطى عمر حلة من حرير فقال يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطار دما قلت فقال « أني لم أعطكها لتلبسها فكساها عمر أخا مشركا له بمكة . وعن أسما بنت أبي بكر قالت أتتني أمي وهي راغبة - تعني عن الاسلام - فسألت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله أتتني أمي وهي راغبة فأصاها فقال « نعم » وهذا فيهما صلة أهل الحرب وبرهم ، والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فإنه نهي عن توليه لا عن بره والوصية له ، وإن احتج بالمفهوم فهو لا يبرأ حجة ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة والوصية في معناها ، فأما المرتد فقال أبو الخطاب تصح الوصية له كما تصح هبته . وقال ابن أبي موسى لا تصح لأن مالكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كاليت ولأن مالكه يزول عن ماله بردته في قول أبي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية

(فصل) ولا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا عبد مسلم لأنه لا يجوز هبتها له ولا يبرأ منه ، وإن أوصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصي بطلت الوصية ، وإن أسلم بعد الموت وقبل القبول بطلت عند من يرى أن الملك لا يثبت إلا باقبول لأنه لا يجوز أن يبتدئ الملك على مسلم ومن قال يثبت

المال وسبع العبد وللآخر ستة أسباعه فإن وصى لصاحب المشاع بخمس المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر للرد أيضا لأن الوصيتين لا تزيد على ثلث المال .

﴿مسألة﴾ وإن وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بمائة وثلث بتمام الثلث على المائة فلم يزد الثلث على المائة وذلك إذا كان المال ثلاثمائة بطلت وصية صاحب التمام

لأنه لم يوص له بشيء أشبه ماله أو وصى له بداره وليس له دار ويقسم الثلث في حال الرد بين الوصيين على قدر وصيتهما ، وإن زاد الثلث على المائة بأن يكون المال ستمائة فأجازوا نقذت الوصية على ما قال الموصي فيأخذ صاحب الثلث مائتين وكل واحد من الوصيين مائة ، وإن ردوا ففيه وجهان (أحدهما) يرد كل واحد منهم إلى نصف وصيته لأن الوصايا رجعت إلى نصفها فيدخل النقص عن كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا ، وهذا اختيار شيخنا . (والثاني) لا شيء لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين فلا يحصل لصاحب التمام إذا كان المال ستمائة شيء ، اختاره القاضي لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها ، ولم يفضل هنا له شيء قال ويجوز أن يزاحم به ولا يعطي شيئا كولد الأب مع ولد الأبوين في مزاحمة الجد يزاحم الجد بالأخ من الأب ولا يعطيه شيئا ، فإن كان المال تسعمائة ورد الورثة فعلى الوجه الأول لصاحب الثلث مائة وخمسون ولصاحب المائة خمسون ولصاحب التمام مائة لأن الوصية كانت بالثلثين فرجعت إلى الثلث فرددنا كل واحد منهم إلى نصف وصيته ، وعلى الوجه

المالك بالموت قبل القبول قال الوصية صحيحة لاننا نقبين أن المالك يثبت بالموت لأنه أسلم بعد أن ملكه ويحتمل أن لا يصح أيضاً لأنه يأتي بسبب لولاه لم يثبت المالك فمنع منه كابتداء المالك

(فصل) ولا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم مسلماً كان الموصي أو ذمياً فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار أو عمارتها أو الاتفاق عليها كان باطلاً وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي يصح فأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبنى كنيسة وخالفه أصحابه ، وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراً ، خمر أو خنازير ويتصدق بها على أهل الذمة وهذه وصايا باطلة وأفعال محرمة لأنها معصية فلم تصح الوصية بها كما لو وصى بعبده أو أمته للفجور ، وإن وصى لكتب التوراة والإنجيل لم تصح لأنها كتب مذبذبة وفيها تبدل والاشتغال بها غير جائز وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة . وذكر القاضي أنه لو وصى لمصر البعق وقناديلها وما شاكل ذلك ولم يقصد إعطائها بذلك صحت الوصية لأن الوصية لأهل الذمة فإن النفع يعود إليهم والوصية لهم صحيحة ، والصحيح أن هذا مما لا تصح الوصية به لأن ذلك إنما هو إعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكنائسهم . ونقل عن أحمد كلام يدل لصحة الوصية من الذي بخدمة الكنيسة والاول أولى وأصح ، وإن وصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب صح لأن بناء مساكنهم ليس بمعصية

الثاني لصاحب المائة مائة لا ينقص منها شيء ولصاحب النام خمسون وهذا اختيار القاضي .

(فصل) فإن ترك سائمة ووصى لاجنبي بمائة ولا آخر بتمام الثلث فلكل واحد منها مائة ، وإن رد الاول وصيته فللآخر مائة ، وإن وصى للاول بثمانين وللآخر بباقي الثلث فلا شيء للثاني ، سواء رد الاول وصيته أو أجازها ، وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة ، وقال أهل العراق إن رد الاول فللثاني مائتان في المسئلتين .

ولنا أن المائة ليست باقي الثلث ولا تنتميه فلا يكون موصى بها للثاني كما لو قتل الاول ولو وصى لوارث بثلته ولا آخر بتمام الثلث ، فلا شيء للثاني ، وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملاً .

باب الوصية بالانصباء والاجزاء

إذا وصى لرجل بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه مضموماً إلى المسئلة ومزاداً عليها ، هذا قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود : يعطى مثل نصيب المعين ، أو مثل نصيب أحدهم إن كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال ، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف ، وإن كانوا ثلاثة فله الثلث ، وقال مالك إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عدد رؤوسهم فاعطي سهماً من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعطى عدد رؤوسهم .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أوصى لاهل قرية لم يعط من فيها من الكفار الا أن يذكرهم) يعني به المسلم إذا أوصى لاهل قريته أو لقربائه بلفظ عام يدخل فيه مسلمون وكفار ففي المسلمين خاصة ولا شيء للكفار . وقال الشافعي رضي الله عنه يدخل فيه الكفار لان اللفظ يتناولهم بعمومه ، ولان الكافر لو أوصى لاهل قريته أو قربائه دخل فيه المسلم والكافر فكذلك المسلم ولنا أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً ، وإذا لم يدخلوا في وصية الله تعالى مع عموم اللفظ فكذلك في وصية المسلم ، ولان ظاهر حاله أنه لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث وجوب النفقة على فقيرهم ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد والاخوة والازواج وسائر الالفاظ العامة في الميراث فهنا لان الوصية أجريت مجرى الميراث ، وان صرح بهم دخلوا في الوصية لان صريح المقال لا يعارض بقريته الحال ، وان وصى لهم وأهل القرية كلهم كفار أو وصى لقربائه وكلهم كفار دخلوا في الوصية لانه لا يمكن تخصيصهم اذ في إخراجهم رفع اللفظ بالكلية وان كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا في الوصية لان إخراجهم بالتخصيص هنا بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين (أحدهما) مخالفة للفظ العموم (والثاني) حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد ، وان كان أكثر أهلها كفار افظاهر كلام

ولنا أنه جعل وارثه أصلاً وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعل مثلاً له ، وهذا يفضي إلى أن لا يزداد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطي من أصل المال فما أعطي مثل نصيبه ولا حصلت التسوية به والعبارة تقتضي التسوية .

﴿مسئلة﴾ (فإذا وصى له بمثل نصيب ابنه ، وله أبنان ، فله اثنان وإن كانوا ثلاثة فله الربع وإن كان معهم بنت فله التسعان لان المسئلة من سبعة لكل ابن سهمان ويزاد عليها مثل نصيب ابن ، سهمان ، فنصير تسعة فالاثان منها تسعها .

﴿مسئلة﴾ (وإن وصى بنصيب ابنه فكذلك في أحد الوجهين)

نصح الوصية وتكون كما لو وصى بمثل نصيب ابن ، وهذا قول مالك وأهل المدينة والولائي وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداد ، والوجه الثاني : لا نصح الوصية ، وهو الذي ذكره القاضي ، وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه ، لانه أوصى بما هو حق للابن فلم يصح كما لو قال بدار ابني ، وبما يأخذه ابني ، ووجه الاول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجزئه فصح كما لو طلق بالفظ الكناية أو اعتق وبيان إمكان التصحيح أنه أمكن حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه ، أي بمثل نصيب ابني ولانه لو أوصى بجميع ماله صح وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم ﴿مسئلة﴾ (وإن وصى بضعف نصيب ابنة أو ضعفه فله مثله مرتين وإن وصى بثلاثة أضاعفه فله ثلاثة أمثاله) .

الحرقى أنه للمسلمين لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه إليهم والتخصيص يصح وإن كان باخراج الأكثر ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية لأن التخصيص في مثل هذا بعيد فإن تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج فيه إلى دليل قوي والحكم في سائر ألفاظ العموم مثل أن يرصى لاختوته وعمومته أو بني عمه أو ليتامى أو للمساكين كالحكم في ما إذا وصى لاهل قريته فأما أن وصى بذلك كافر فإن وصيته تتناول اهل دينه لأن لفظه يتناولهم وقربنة حاله أرادتهم فأشبهه وصية المسلم التي يدخل فيها اهل دينه وهل يدخل في وصيته المسلمون؟ نظرنا فإن وجدت قرينة دالة على دخولهم مثل أن لا يكون في القرية الا مسلمون دخوا في الوصية وكذلك ان لم يكن فيها الا كافر واحد وسائر أهلها مسلمون وإن انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان (أحدهما) لا يدخلون كالم يدخل الكفار في وصية المسلم (والثاني) يدخلون لأن عموم اللفظ يتناولهم وهم احق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو احق بحكمه إلى غيره وإن كان في القرية كافر من غير اهل دين الموصي لم يدخل في وصيته لأن قرينة حال الموصي تخرجه ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الأولوية فبقي خارجا بحاله ويحتمل أن لا يخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض على اختلاف دينهم

قال شيخنا هذا الصحيح عندي ، وقال أصحابنا ضعفه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ، كما زاد ضعفاً زاد مرة واحدة)

إذا وصى بضعف نصيب ابنه فله مثلاً نصيبه ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو عبيد القاسم بن سلام الضعف المثل لقول الله تعالى (يضاعف لها المذابضعفين) أي مثلين ، وقوله (فآتت أكلهاضعفين) أي مثلين ، وإذا كان الضعفان مثلين فالضعف مثل .

ولنا على أن الضعف مثلان قوله تعالى (إذا لأذقك ضعف الحياة و ضعف المات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا) ، وقال (وما آتيم من زكاة تربدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) وروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من الثمانين عشرة ، وقال الحذيفة و عمار بن حنيفة لملكهما حملتا الارض مالا تطيق ، فقال عمار لو أضعفت عليها لاحتمات ، قال الازهري الضعف المثل فما فوقه ، فأما قوله ان الضعفين المثلان فقد روى ابن الانباري عن هشام ابن معاوية التحوي قال العرب تسكلم بالضعف مثني فنقول ان أعطيتني درهما فلك ضعفاه ، أي مثلاه ، وإفراده لا بأس به إلا أن التثنية أحسن يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد وكلاهما يراد به المثلان وإذا استعملوه على هذا الوجه وجب اتباعهم وإن خالفنا القياس .

(فصل) وإن وصى له بضعفيه فله مثله مرتين وإن قال ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله ، هذا الصحيح عندي ، وهو قول أبي عبيد ، وقال أصحابنا ضعفه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله وعلى هذا كما زاد ضعفاً زاد مرة واحدة ، وهو قول الشافعي ، واحتجوا بقول أبي عبيدة مسعر بن المثني ضعف الشيء هو ومثله وضعفاه : هو ومثلاه وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ، وقال أبو ثور ضعفاه

(مسألة) قال (ومن أوصى بكل ماله ولا عصبية له ولا مولى له بجائز وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى لا يجوز إلا الثالث)

اختلف الرواية عن أحمد رحمه الله في من لم يخلف من ورثه عصبية ولا ذافر فروي عنه أن وصيته جائزة بكل ماله ثبت هذا عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني ومسروق وإسحاق وأهل العراق والرواية الأخرى لا يجوز إلا الثالث وبه قال مالك والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي والعمري لأن له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه كما لو ترك وارثاً

ولما أن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لئلا يعلق حق الورثة بدليل قول النبي ﷺ «أنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وما هنا لا وارث له يتعلق حق بماله فأشبهه حال الصحة ولأنه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم أشبه حال الصحة أو أشبه الثلث

(فصل) وإن خلف ذافر فليس لأبى المال كله كبت أو أم لم يكن له الوصية بأكثر من الثلث لأن سعداً قال قال النبي ﷺ لا يرثني إلا ابنتي فنفعه النبي ﷺ من الزيادة على الثلث ولأنها تستحق جميع المال بالفرض فأشبهت العصبية ، وإن كان لها زوج أو لرجل امرأة فكذلك لأن الوصية تنقص حقه لأنه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين فأما ذو الأرحام فظاهر كلام الحارثي

أربعة أمثاله وثلاثة أضافه ستة أمثاله لأنه قد ثبت أن ضعف الشيء مثله فتثنيته مثلاً مفردة .
ولما قول الله تعالى (فآتت أكلها ضعفين) قال عكرمة : تحمل في كل عام مرتين ، وقال عطاء أثمرت في سنة مثل ثمرة غيرها سنتين ، ولا خلاف بين المفسرين فيما علمنا في تفسير قوله تعالى : (يضاعف لها العذاب ضعفين) أن المراد به مرتين ، وقد دل عليه قوله تعالى (نؤتها أجرها مرتين ومحال أن يحمل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على الفاحشة ثلاث مرات فإن الله تعالى إنما يريد تضعيف الحسنات على السيئات هذا المعهود من كرمه وفضله ، وأما قول أبي عبيدة فقد خالفه فيه غيره وأنكر قوله قال ابن عرفة لا أحب قول أبي عبيدة في (يضاعف لها العذاب ضعفين) لأن الله تعالى قال في آية أخرى (نؤتها أجرها مرتين) فأعلم أن لها من هذا حظين ومن هذا حظين وقد نقل هشام بن معاوية التحوي عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفرداً بمعنى واحد وموافقة العرب على لسانهم مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم أولى من قول أبي عبيدة المخالف لذلك كله مع مخالفة القياس ونسبة الخطأ إليه أولى من تخطئة ما ذكرناه وأما قول أبي ثور فظاهر الفساد ، لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم ، وأهل العربية ، فلا يجوز التمسك به ، مجرد القياس المخالف للثقل ، فقد شذ من العربية كلمات تؤخذ نقلاً بغير قياس .

انه لا يمنع الوصية بجميع المال لقوله ولا عصبه له ولا مولى له وذلك لان ذا الزم ارثه كالفضلة والصلة ولذلك لا يصرف اليه شيء الا عند عدم الرد والمولى لا تجب نفقته ويحتمل ان لا تنفذ وصيته باكثر من ثلث لان له وارثا فيدخل في معنى قوله عليه السلام وانك ان تترك ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس ولاهم ورثة يستحقون ماله بعد موته وصلاته لهم في حياته فاشبهوا ذوي الفروض والعصباء وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسئلتنا كذوي الفروض الذين يحجب بعضهم بعضا والعصباء

(فصل) فان خلف ذا فرض لا يرث المال كله وقال أوصيت لفلان بثلثي على انه لا ينقص ذا الفرض شيئا من فرضه او خلف امرأة وقال أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسئلة الاولى لان ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين ان يحملها من رأس المال او من الزائد على الفرض واما (المسئلة الثانية) فتنبني على الوصية بجميع المال فان قلنا تصح ثم صحت هاهنا لان الباقي عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو تكن زوجة وان قلنا لا تصح ثم فهاهنا مثله لان بيت المال جعل كوارث فصار كأنه ذو ورثة يستغرقون المال اذا عين الوصية من نصيب العصبه منهم فلهذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه

(فصل) ولو وصى بمثل نصيب من لا نصيب له كمن يوصي بمثل نصيب ابنه وهو لا يرث لرقه أو كونه مخالفاً لدينه أو بنصيب اخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للموصي لانه لا نصيب له فثله لاشيء (مسئلة) (واذا وصى له بمثل نصيب احد ورثته ولم يسمه كان له مثل ما لا أقلهم نصيباً)

فلو كانوا ابناً واربع زوجات صحت من اثنين وثلاثين سهماً لكل امرأة سهم والموصى له سهم يزداد عليها فتصبح من ثلاثة وثلاثين سهماً للموصي سهم واحد والباقي للابن . وجملة ذلك انه اذا وصى بمثل نصيب احد غير مسمى فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين فله مثل نصيب احدهم مزاذاً على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم وان كانوا يتفاضلون كهذه المسئلة فله مثل أقلهم ميراثاً يزداد على فريضتهم هذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك ان كانوا يتفاضلون نظر إلى عدد رؤوسهم فأعطى سهماً من عددهم لانه لا يمكن اعتبار انصباثهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم

ولنا أن اليقين أن يعطى الوصي مثل أقلهم نصيباً وما زاد مشكوك فيه فلا يثبت مع الشك وقوله يعطى سهماً من عددهم مخالف لما يقتضيه لفظ الموصي لانه ليس بنصيب أحد ورثته ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدهم وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم فيصرفه إلى الوصي عملاً بمقتضى وصيته وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلاً وقوله تعذر العمل بقول الموصي ممنوع فقد أمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به لم يحجز أن يحجب في ماله حق لم يأذن فيه ولم يأمر به ولو قال أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثاً كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيداً وان قال أوصيت بمثل

(مسئلة) قال (ومن اوصى لعبده بثالث ماله فان كان العبد يخرج من الثالث عتق وما فضل من الثالث بعد عتقه فهو له ، وان لم يخرج من الثالث عتق منه بقدر الثالث الا ان يجيز الورثة)

وجملة ذلك انه اذا اوصى لعبده بجزء شائع من ماله كثلث او ربع او سدس صحت الوصية فان خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيه وان لم يخرج عتق منه بقدر الوصية وبهذا قال الحسن وابن سيرين وابو حنيفة الا أنهم قالوا ان لم يخرج من الثالث سعى في قيمة باقيه وقال الشافعي رضي الله عنه الوصية باطلة الا ان يوصي بعتقه لانه اوصى بمال بصير للورثة فلم يصح كما لو وصى له بمعين ولنا ان الجزء الشائع يتناول نفسه او بعضها لانه من حصة الثلث الشائع والوصية نه بنفسه تصح ويعتق وما فضل يستحقه لانه يصير حراً فيملك الوصية فيصير كاه قال اعنقوا عبدي من ثلثي وأعطوه ما فضل منه، وفارق ما اذا اوصى بمعين لانه لا يتناول شيئاً منه

نصيب أكثرهم ميراثاً فله ذلك مضافاً إلى المسئلة فيكون له في هذه المسئلة ثمانية وعشرون تضم إلى المسئلة فتكون ستين سهماً .

(مسئلة) (ولو وصى له بمثل نصيب وارث لو كان فله مثل ماله لو كانت الوصية وهو موجود فقدر الوارث موجوداً وانظر ما للموصى له مع وجوده فهو له مع عدمه)

فان خلف ابنين ووصى بمثل نصيب ثالث لو كان فله الموصى له الربع وان خلف ثلاثة بنين فله الخمس وان وصى بمثل نصيب خامس لو كان فله الموصى له السدس وعلى هذا أبداً ، فلو خلفت امرأة زوجاً وأختاً وأوصت بمثل نصيب أم لو كانت فله الموصى له الخمس لان للام الربع لو كانت فيجعل له سهم مضاف إلى أربعة يكن خمساً فقس على ذلك .

(مسئلة) (فان خلف أربعة بنين فأوصى بمثل نصيب خامس لو كان الا مثل نصيب سادس لو كان فقد أوصى له بالخمسة إلا السدس بعد الوصية فله سهم يزداد على ثلاثين وتصح من اثنين وستين له سهران ولكل ابن خمسة عشر) لانه استثنى السدس من الخمس . فطريقها أن تضرب مخرج أحدها في مخرج الآخر تكن ثلاثين خمسها ستة وسدسها خمسة فاذا استثنيت الخمسة من الستة بقي سهم للموصى له فزده على الثلاثين تصير واحداً وثلاثين فأعط الموصى له سهماً يبقى ثلاثون على أربعة لا تقسم وتوافق بالنصف فزدها إلى خمسة عشر واضربها في أربعة تكن ستين زد عليها سهمين للموصى له ولكل ابن خمسة عشر . وطريقها بالجبر أن تجعل المال أربعة وشيئاً تدفع الشيء الى الموصى له يبقى أربعة (الجزء السادس) (٦٨) (المفني والشرح الكبير)

(فصل) فإن وصى له بمعين من ماله كتب أو دار أو بمائة درهم فالوصية باطلة في قول الأكثرين وبه يقول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن أحمد أنها نصح وهو قول مالك وأبي ثور وقال الحسن وابن سيرين إن شاء الورثة أجازوا وإن شاءوا ردوا ولنا أن العبد يصير ملكاً للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه وفارق ما إذا أوصى له بمشاع لما ذكرناه

(فصل) وإن وصى له برقبته فهو تدبير يعتق أن حمله الثلث وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي وقال أبو ثور الوصية باطلة لأنه لا يملك رقبته

ولنا أنه أوصى له بمن لا يملكه على الدوام فصح كما لو وصى بأبيه ولأن معنى الوصية له برقبته عتقه لعله بأنه لا يملك رقبته فصارت الوصية به كناية عن اعتاقه بعد موته، وإن وصى له ببعض رقبته فهو تدبير لذلك الجزء وهل يعتق جميعه إذا حمله الثلث؟ على روايتين ذكرهما الحارثي فيما إذا دبر بعض عبده وهو مالك لكاه، وقال أصحاب الرأي يسعى في قيمة باقيه وهذا شيء يأتي في باب العتق إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن وصى لمكاتبه أو مكاتب وارثه أو مكاتب أجنبي صح سواء أوصى له بجزء شائع أو معين لأن ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله، وإن وصى لأم ولده صحت الوصية لأنها

تقسمها على خمسة يخرج أربعة أخماس وتقسمها على ستة يخرج ثلثان فتسقط الثلثين من أربعة الأخماس يبقى سهمان من خمسة عشر ثم تضرب الأربعة الأسهم في الخمسة عشر لأنها مخرج الثلث تكن ستين تزيد عليها السهمين فهي للموصى له واسكل ابن خمسة عشر فقد حصل له خمس الستين إلا سدسها الخمس اثنا عشر والسادس عشرة

(فصل) وإذا خلف بنتاً وحدها ووصى بمثل نصيبها فهو كما لو وصى بنصيب ابن عند من يرى الرد لأنه يأخذ المال كله بالقرض والرد، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله أن يكون له الثلث ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال، وعلى قول مالك ومن وافقه لا موصى له النصف في حال الإجازة ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال، فإن خلف ابنتين ووصى بمثل نصيب إحداها فهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قول من لا يرى الرد أنها من أربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم الربع وعلى قول مالك الثلث للموصى له وللبنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة. فإن خلف جدة وحدها وأوصى بمثل نصيبها فقياس قولنا أن المال بينهما نصفين وعلى قول من لا يرى الرد هي من سبعة لسكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال وقياس قول مالك للموصى له السدس وللجدة سدس ما بقي والباقي لبيت المال .

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لثلاثة بمثل انصباهم فالمال بينهم على ستة إن أجازوا وإن

حرة حين لزوم الوصية ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه وصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف . رواه سعيد وروي ذلك عن عمران بن الحصين وبه قال ميمون بن مهران والزهرى وبجى الانصارى ومالك والشافعى واسحاق ، وإن وصى لمدبره صح لانه يصير حراً حين لزوم الوصية فصحت الوصية له كأم الولد ، وإن لم يخرج من الثالث هو والوصية جميعاً قدم عنقه على الوصية لانه أنفع ، وقال القاضى يعقوب بن بعضه وذلك من الوصية بقدر ما عتق منه ، ولنا أنه وصى لعبد وصية صحيحة فيقدم عنقه على ما يحصل له من المال كما لو وصى لعبد القن بمشاع من ماله

(فصل) وإن أوصى لعبد غيره صح وتكون الوصية والقبول في ذلك الى العبد لان العبد مضاف اليه فأشبهه ماله وهبه شيئاً فإذا قبل ثبت لسيده لانه من كسب عبده وكسب العبد لسيده ولا يفتقر في القبول الى اذن السيد لانه كسب نصح من غير اذن سيده كالاختطاب ، وهذا قول أهل العراق والشافعى ، ولا صحابه وجه أن القبول يفتقر الى اذن السيد لانه تصرف من العبد فأشبهه ببيعته وشراؤه ولنا أنه يحصل مال بغير عوض فلم يفتقر الى اذنه كقبول الهبة وتحصيل المباح ، وإن وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لو ارثه يقف على إجازة الورثة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة ، وقال مالك ان كان يسيراً جاز لان العبد يملك وإنما لسيده أخذه من يده ، فإذا وصى له بشي يسير علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده

ولنا أنها وصية لعبد وارثه فأشبهت الوصية بالكثير وما ذكره من ملك العبد ممنوع ولا اعتبار به فانه مع هذا المقصد يستحق سيده أخذه فهو كالكثير

وردوا فمن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثة والباقي بين البنين على ثلاثة فإن أجازوا لواحد وردوا على اثنين فلم يردوا عاينها التسعان اللذان كانا لهما في حال الرد عليهم ، وفي المجاز له وجهان أحدهما له السدس الذي كان له في حال الإجازة للجميع وهذا قول أبي يوسف وابن شريم فتأخذ السدس والتسعين من مخرجها وهي ثمانية عشر بين البنين على ثلاثة لا تصح فتضرب عددهم في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين للمجاز له السدس تسعة وكل واحد من صاحبيه ستة ولكل ابن أحد عشر (والوجه الثاني) ان تضم المجاز له إلى البنين وتقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم أربعة لا تقسم فتضرب في تسعة تكن ستة وثلاثين فإن أجاز الورثة بعد ذلك للآخرين أتموا لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم اسداساً على الوجه الاول ، وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين إلى ما حصل لهما وهو ثمانية ثم يقسمونه بينهم على خمسة لا تصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانين ومنها تصح ، فإن أجاز أحد البنين لهم ورد الآخر ان عليهم فللمعجز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجزوا أربعة أساعه ثمانية يبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة نضربها في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين فإن أجاز واحد لواحد دفع اليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سبعة من ثمانية عشر فاضربها في ثلاثة تكن أربعة وخمسين والله أعلم

(فصل) وإذا أوصى بهتق أمته على أن لا تتزوج ثم مات فقالت لا أتزوج عنقت فإن تزوجت بعد ذلك لم يطل عتقها وهذا مذهب الاوزاعي وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وذلك لان العتق اذا وقع لا يمكن رفعه ، وإن وصى لام ولده بألف على أن لا تتزوج أد على أن تثبت مع ولده ففعلت وأخذت الألف ثم تزوجت وترك ولده ففيها وجهان (أحدهما) تبطل وصيتها لانهفات الشرط فنانت الوصية ، وفارق العتق فانه لا يمكن رفعه (والثاني) لا تبطل وصيتها وهو قول أصحاب الرأي لان وصيتها صحت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالأولى

(فصل) واختلف أصحابنا في الوصية لقاتل على ثلاثة أوجه فقال ابن حنبل تجوز الوصية له ، واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلاً خطأ فعنا المجرع فقال أحمد يعتبر من ثلثه قال وهذه وصية لقاتل وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأظهر قول الشافعي رضي الله عنه لان الهبة له نصح فصحت الوصية له كالذي وقال أبو بكر لا تصح الوصية له فان أحمد قد نص على أن المدبر اذا قتل سيده بطل تدبيره والتدبير وصية وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لان القتل بمنع الميراث الذي هو أكد من الوصية فالوصية أولى ولان الوصية أجريت بحري الميراث فيمنعها ما يمنع

وقال أبو الخطاب إن وصى له بعد جرحه صح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطأها جمعا بين نصي أحمد في الموضعين وهو قول الحسن بن صالح وهذا قول حسن لان الوصية بعد الجرح

(فصل) في الوصية بالاجزاء إذا وصى له بجزء وحظ أو نصيب أو شيء فلو ورثة أن يعطوه ما شاءوا لانهم فيه خلافاً وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن المنذر وغيرهم لان كل ما يعطونه جزء وشيء وحظ ونصيب وكذلك ان قال أعطوا فلانا من مالي أو ارزقوه لان ذلك لاحد له في الشرع ولا في اللغة فكان على اطلاقه **مسألة** (وان وصى له بسهم ففيه ثلاث روايات (احداها) له السدس بمنزلة سدس المفروض إن لم تكل فروض المسئلة أو كانوا عصبه أعطي سدساً كاملاً وان كانت فروضها أعيلت به وان عالت أعيل معها (والثانية) له سهم مما تصح منه المسئلة ما لم يزد على السدس (والثالثة) له مثل نصيب أقل الورثة ما لم يزد على السدس اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن أوصى بسهم من ماله فروي عنه أن للموصى له السدس روي ذلك علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وإياس بن معاوية والثوري (والرواية الثانية) أنه يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة فينظر كم سهماً صحت منه الفريضة فيزداد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له وهذا قول شريح ، قال ترفع السهام فيكون للموصى له سهم قال القاضي هذا ما لم يزد على السدس فان زاد السهم على السدس فله السدس لانه متحقق ، ووجه ذلك ان قوله سهماً ينصرف إلى سهام فريضته لان وصيته منها فيصرف السهم اليها فكان واحداً من سهامها كما لو قال فريضتي كذا وكذا سهماً لك منها سهم (والثالثة) له سهم من سهام أقل الورثة اختارها الحلال وصاحبه قال أحمد في رواية أبي طالب والاثم إذا وصى له بسهم من ماله يعطى سهماً من الفريضة قيل أنصيب رجل أو نصيب امرأة ؟ فقال أقل ما يكون من السهام قال القاضي ما لم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة وقال صاحباه إلا أن يزداد على الثلث فيعطى الثلث ، ووجه هذا القول أن سهام الورثة أنصباؤهم فيكون له

صدرت من أهلها في محلها ولم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما إذا تقدمت فإن القتل طرأ عليها فأبطلها لأنه يبطل ما هو أكد منها، بحقه أن القتل إنما منع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفعا لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطاريء عليه أيضا، وهذا المعنى متحقق في القتل الطاريء على الوصية فإنه ربما استعجلها بقتله. وفارق القتل قبل الوصية فإنه لم يقصد به استعجال مال أدم أنه قد سببه والموصي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه، ولا فرق بين العمد والخطأ في هذا كما لا يفترق الحال بذلك في الميراث وعلى هذا متى دبر عبده بعد جرحه إياه صح تدبيره

(مسئلة) قال (وإذا قال أحد عبدي حر أقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة فهو حر إذا خرج من الثلث) وجهه ذلك أنه إذا أعتق عبداً غير معين فإنه يقرع بينهما فيخرج الحر بالقرعة وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه له تعيين أحدهما بغير قرعة لأنه عتق مستحق في غير معين فكان التعيين إلى المعتق كالمعتق في الكفارة وكما لو قال لورثته أعتقوا عني عبداً

ولنا أنه عتق استحقه واحد من جماعة معينين فكان إخراجه بالقرعة كما لو أعتقها فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما ودليل الحكم في الأصل حديث عمران بن حصين، فأما العتق في الكفارة فإنه لم يستحقه أحدنا استحق على المكفر التكفير، وأما إذا قال أعتقوا عني عبداً فإن لم يضاف إلى عبده ولا إلى جماعة سواهم فهو كالمعتق في الكفارة وإن قال أعتقوا أحد عبدي احتمل أن نقول بإخراجه بالقرعة كما حملنا واحتمل أن يرجع فيه إلى اختيار الورثة وأصل الوجهين ما لو وصى لرجل بعبد من عبده هل يعطى أحدهم بالقرعة أو يرجع إلى اختيار الورثة وشيأني الكلام عليهما، والفرق بين مسألتنا وبين هذه المسألة على هذا الوجه أن جعل الأمر إلى الورثة حيث أمرهم بالاعتاق فكانت الخيرة إليهم وفي مسألتنا لم يجعل لهم من الأمر شيئاً فلا يكون لهم خيرة

أفام الله اليقين، فإذا زاد على السدس دفع إليه السدس لأنه أقل سهم يرثه ذو قرابة وقال أبو ثور يعطى سهمان من أربعة وعشرين لأنها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها أقل السهام، وقال الشافعي وابن المنذر يسطيه الورثة ماشوا لأن ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو وصى له بجزء أو حظ وقال عطاء وعكرمة لاشيء له ولنا ما روى ابن مسعود أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس ولأن السهم في كلام العرب السدس قاله إياس بن معاوية فنصرف الوصية إليه كما لو لفظ به ولأنه قول علي وابن مسعود ولا يخالف لهما في الصحابة. إذا ثبت هذا فإن السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض فإن كانت المسئلة كاملة الفروض أعيت به وإن كانت عائرة زاد عولها به وأن كانت فيها رد أو كانوا عصبية أعطي سدساً كاملاً قال أحمد في رواية ابن منصور وحرب إذا أوصى لرجل بسهم من ماله يعطى السدس إلا أن تعول الفريضة فيعطى سهماً مع العول، فكان معنى الوصية أوصيت لك بسهم من يرث السدس فإن وصى له بسهم في مسئلة فيزوج وأخت كان له السبع كما لو كان معاجدة على الروايات الثلاث كذلك لو كان في المسئلة أم وثلاث أخوات متفرقات فإن كان معهم زوج فالمسئلة من تسعة والموصى له العشر

(فصل) ونقل صالح من أبيه فيمن له ثلاثان اسمهما واحد فقال فلان حر بعد موتي وله مائتا درهم ولم يعينه يقرع بينهما فيعتق من خرجت له الفرعة وليس له من المائتين شيء . . . ووجه ذلك والله أعلم أن الوصية بالمائتين وقعت لغير معين ولا تصح الوصية للمعين، وقال القاضي يجب أن تصح هذه الوصية لأن مستحقها حر في حال استحقاتها ونقل عن أحمد فيمن قال اعتق وارقية مني فلا يعتق عنه إلا مسلم وذلك لأن المطلق في كلام الآدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أمر الله تعالى بتحرير رقبة لم يتناول إلا المسلم فكذلك الآدمي (مسئلة) قال (واذا أوصى أن يشتري عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده فالخمسمائة للورثة وإن اشتروه بأقل مما فضل فهو للورثة)

أما إذا تمذر شراؤه املا امتناع سيده من بيعه أو من بيعه بالخمسمائة وأما لموته أو لعجز الثالث عن ثمنه فالثمن للورثة لأن الوصية بطلت لتعذر العمل بها فأشبه مالو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بعده ولم يدع وارثا ولا يلزمهم شراء عبد آخر لأن الوصية لمعين فلا تصرف إلى غيره، وأما أن اشتروه بأقل فالباقى للورثة، وقال الثوري يدفع جميع الثمن إلى سيد العبد لأنه قصد ارفاقه بالثمن ومحاباته به فأشبه مالو قال يبعوه عبدي بخمسمائة وقيمتها أكثر منها وكالو أوصى أن يحج عنه فلان حجة بخمسمائة وقال إسحاق يجعل بقية الثمن في العتق ولو أوصى أن يحج عنه بخمسمائة رد ما فضل في الحج

وإن كان الورثة ثلاث أخوات مفترقات فللموصى له السدس على الروايات الثلاث وإن كانوا زوجا وأبوين وأبنتين فالمسئلة من خمسة عشر وتقول بسدس آخر إلى سبعة عشر وكذلك على قول الخلال لأن أقل سهام الورثة سدس وعلى الرواية الأخرى يكون للموصى سهم واحد يزاد على المسئلة فتصير ستة عشر، وإن كانوا زوجة وأبوين وأبنا فالقربضة من أربعة وعشرين وتقول بالسدس الموصى به إلى ثمانية وعشرين، وعلى الرواية الثانية يزاد عليها سهم واحد للموصى له فتكون من خمسة وعشرين، وعلى الرواية الثالثة التي اختارها الخلال يزاد عليها مثل سهم الزوجة ثلاثة فتكون من سبعة وعشرين وإن كانوا خمسة بنين فللموصى السدس كاملا وتصح من ستة على الروايات الثلاث فإن كان معهم زوجة صحت القربضة من أربعين فزيد عليها سهمها للموصى على إحدى الروايات فتصير احدى وأربعين وعلى قول الخلال يزيد مثل نصيب الزوجة فتصير خمسة وأربعين وعلى الرواية الأولى يزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها صحيحاً فتصير في ستة ثم يزيد عليها سدسها تكون مائتين وثمانين للموصى أربعون وللزوجة ثلاثون ولكل ابن اثنان وأربعون وترجع بالاختصار إلى مائة وأربعين. والذي يقتضيه القياس فيما إذا وصى بسهم من ماله أنه إن صح أن السهم في لسان العرب السدس أو صح الحديث المذكور فهو كالووصى له بسدس ماله والافهوكالووصى له بحجز من ماله على ما اختاره الشافعي وابن المنذر أن الورثة يعطونه ماشوا . والاولى أنه إن ثبت أن السهم في كلام العرب يراد به السدس فالحكم في ذلك كما لو وصى له بالسدس سواء وإن لم يثبت ذلك أعطي مثل سهم أقل الورثة وهو اختيار الخلال وإحدى الروايات عن أحمد رحمه الله

(فصل) فلو خلف أبوين وأبنتين ووصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بسهم منه جعلت ذا السهم كاحد الأبوين وأعطيت صاحب السدس سدساً كاملاً وقسمت الباقي بين الورثة والموصى على سبعة

ولنا أنه أمر بشرائه بخمسة مائة فكان ما فضل من الثمن راجعا إليه كما لو وكل في شرائه في حياته وفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسة مائة لأن القصد ثم ارفاق الذي يحج بالفضلة وفي مسئلتنا المقصود العتق. ويفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه بخمسة مائة لغير معين لأن الوصية ثم الحج مطلقا تصرف جميعها فيه وهما لمعين فلا تعداه، وقوله أنه قصد ارفاق زيد بالثمن ومحاباته به فقول الصحيح أنه إن كانت ثم قرينة تدل على ذلك إما لكون البائع صديقا له أو ذا حاجة أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا أو عين هذا الثمن وهو يلم حصول العبد بدونه لالة قيمته فإنه يدفع جميع الثمن إلى زيد كما لو صرح بذلك فقال وادفعوا إليه جميعه أو أن بذله بدونه، وإن انعدمت هذه القرائن فالظاهر أنه إنما قصد العتق وقد حصل فكان الفاضل عائداً إليه كما لو أمره بالشراء في حياته

(فصل) وإن وصى أن يشتري عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشتري عبد بما يخرج من الثلث وبه قال الشافعي رضي الله عنه، وقال أبو حنيفة تبطل الوصية لأنه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للمأمور الشراء بدونه كالوكيل

ولنا أنها وصية يجب تنفيذها إذا احتملها الثلث فإذا لم يحتملها وجب تنفيذها فيما حمله كما لو وصى بعتق عبده بمحملة الثلث وفارق الوكالة فإنه لو وكله في اعتاق عبد لم يملك اعتاق بعضه ولو أوصى باعتاق عبد لا يعتق منه ما يحتمله الثلث فاما إن حمله الثلث فاشترأ وأعته، ثم ظهر على الميت دين يستفرد

فتصح من اثنين وأربعين لصاحب السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث ويحتمل أن يعطى الموصى له بالسهم السبع كاملا كما لو أوصى له به من غير وصية أخرى فيكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لا تنقسم فتضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين (مسئلة) (وإن وصى بجزء معلوم كثلث أو ربع أخذه من مخرجه فدفعته إليه وقسمت الباقي على مسئلة الورثة إلا أن يزيد على الثلث ولا يجوزوا له تفرض له الثلث وتقسم الثلثين عليها) فإن لم تنقسم ضربت المسئلة أو وفقها في مخرج الوصية فما بلغ منه تصح

(مسئلة) (وإن وصى بجزأين أو أكثر أخذها من مخرجها وقسمت الباقي على المسئلة فإن زادت على الثلث وردوا جعلت السهام الحاصلة للأوصياء ثلث المال وقسمت الثلثين على الورثة فإذا وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بربعه وخلف ابنين أخذت الثلث والربع من مخرجها سبعة من اثني عشر يتيق للابنين خمسة إن أجازا وازداد جعلت السبعة ثلث المال فتكون المسئلة من أحد وعشرين

للوصيين الثلث سبعة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولكل واحد من الابنين سبعة فإن أجازا لأحدهما دون الآخر أو أجاز أحدهما لهما دون الآخر أو أجاز كل واحد من الابنين لواحد فاضرب وفق مسئلة الاجازة وهي ثمانية في مسئلة الرد تكن مائة وثمانية وستين الذي أجز له سهمه من مسئلة الاجازة مضروب في وفق مسئلة الرد وللمردود عليه سهمه من مسئلة الرد مضروب في وفق مسئلة الاجازة والباقي للورثة والذي أجاز لهما سهم من مسئلة الاجازة في

المال فالوصية باطلة ويرد العبد الى الرق ان كان اشتراء بعين المال لاننا تبيننا ان الشراء باطل بكونه اشترى بمال مستحق للغرماء بغير اذنهم ، وان كان الشراء في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه ولا يرجع به على أحد لان البائع ما غره انما غره الموصي ، ولا تركه له فيرجع عليها وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لان الدين لزمه بتغير الموصي فيرجع به عليه فاذا كان ميتا لزمه في تركته كأرض جنايته

(فصل) وان وصى بشراء عبد وأطلق أو وصى ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لان الوصية لا بد لها من مستحق ولا مستحق ههنا ، وان وصى ببيعه بشرط العتق صحت الوصية ببيع كذلك لان في البيع ههنا نفع للعبد بالعتق ، وان لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لعدم رها كما وصى بشراء عبد ليعتق فلم يبعه عبده ، وان وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم يبع به لانه قد قصد ارفاقه بذلك في الغالب وان لم يسم ثمنه يبع بقيمة وتصح الوصية لكونه قصداً بإصال العبد بعينه إلى رجل بعينه فيحتمل أن يتعلق الغرض برفاق العبد بإصاله الى من هو معروف بحسن الملكة واعتاق الرقاب ، ويحتمل أن يريد ارفاق المشتري لعنى يحصل له من العبد ، فان تعذر بيعه ، لذلك الرجل أو أبي أن يشتريه بالثمن أو بقيمته ان لم يبين الثمن بطلت الوصية لما ذكرنا

وفق مسألة الرد وللآخر سهم من مسألة الرد في وفق مسألة الاجازة والباقي بين الوصيين على سبعة وبيان ذلك أن مسألة الاجازة من اثني عشر لانها مخرج الثلث والربع لصاحب الثلث أربعة واصحاب الربع ثلاثة يبقى خمسة للابنين لاتصح عليهما تضرب اثنين في أصله تكن أربعة وعشرين للموصى لها سبعة في اثنين أربعة عشر لصاحب الثلث ثمانية واصحاب الربع ستة يبقى عشرة للابنين لكل واحد خمسة ، ومسألة الرد من أحد وعشرين لان ثلثها سبعة للموصى لها ويبقى أربعة عشر للابنين بينهما نصفين ، فان أجازا لأحدهما دون الآخر أو أجاز أحداً للابنين لها دون الآخر أو أجاز كل واحد لواحد فوافق بين مسألة الاجازة ومسألة الرد وهما متفقان بالاثلاث فاضرب ثلث احدهما في جميع الاخرى تكن مائة وثمانية وستين كما ذكر ، فان كانت الاجازة لصاحب الثلث وحده فسمه من مسألة الاجازة ثمانية مضروب في وفق مسألة الرد وهي سبعة ستة وخمسون لصاحب الربع نصيبه من مسألة الرد ثلاثة في وفق مسألة الاجازة ثمانية تكن أربعة وعشرين صار المجموع للوصيين ثمانين سهماً والباقي بين الابنين وهو ثمانية وثمانون لكل ابن أربعة وأربعون سهماً ، وان أجازا لصاحب الربع وحده أخذت سهمه من مسألة الاجازة ستة ، من أربعة وعشرين فتضربها في وفق مسألة الرد وهو مائة وستة تكن اثنين وأربعين تدفعها اليه واصحاب الثلث سهمه من مسألة الرد أربعة تضربها في وفق مسألة الاجازة وهو ثمانية تكن اثنين وثلاثين فصار المجموع أربعة وسبعين يبقى أربعة وتسعون للابنين ، فان أجازا أحد الابنين لها ورد الآخر فللذي أجاز سهمه من مسألة الاجازة خمسة مضروب في وفق مسألة الرد سبعة تكن خمسة وثلاثين والذي رد سهمه من مسألة الرد سبعة مضروب في وفق مسألة الاجازة وهو ثمانية ستة وخمسون تضاف الى خمسة وثلاثين تكن احدى وتسعين يبقى للوصيين سبعة وسبعون

(مسألة) قال (وإذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره وقيمته مائة ولا آخر بثلاث ماله وملكه غير العبد مائتا درهم فأجاز الورثة ذلك فلن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربيع العبد ولمن أوصى له بالعبد ثلاثة أرباعه، وإن لم يجز الورثة ذلك فلن أوصى له بالثالث سدس المائتين وسدس العبد لأن وصيته في الجميع ولمن أوصى له بالعبد نصفه لأن وصيته في العبد)

وجعلته أنه إذا أوصى لرجل بعين من ماله ولا آخر بجزء مشاع منه كثلث المال وربعه فأجزه لهما انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقده، مانه بينهما على قدر حقيقهما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولا آخر بجزء منه فأما في حال الرد فإن كانت وصيتهما لا تتجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بسدس ماله ولا آخر بعين قيمته سدس المال فهي كحال الإجازة سواء إذا لا أثر للرد وإن جاوزت ثلثه رددنا وصيتهما إلى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال، هذا هو قول الحنفي وسائر الأصحاب وبقرى عندي أنهم في حال الرد يقسمان الثلث على حسب مالهما في الإجازة وهذا قول ابن أبي ليلى . وقال أبو حنيفة ومالك في الرد

بينهما على سبعة لصاحب الثلث أربعة وأربعون ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون فإن أجاز كل واحد منهما لواحد فإن صاحب الثلث إذا أجاز له الابنان كان له ستة وخمسون وإذا ردا عليه كان له اثنان وثلاثون فقد نقصه ردهما أربعة وعشرين فينقصه رد أحدهما نصف ذلك اثني عشر يبقى له أربعة وأربعون وصاحب الربع إذا أجاز له كان له اثنان وأربعون وإن ردا عليه كان له أربعة وعشرون فقد نقصه ردهما ثمانية عشر فينقصه رد أحدهما نصفها يبقى له ثلاثة وثلاثون وأما الاثنان فالذي أجاز لصاحب الثلث إذا أجاز لهما كان له خمسة وثلاثون وإذا رد عليهما كان له ستة وخمسون فتقصه الإجازة لهما أحدا وعشرين لصاحب الثلث منها اثنا عشر يبقى له أربعة وأربعون والذي أجاز لصاحب الربع إذا أجاز لهما كان له خمسة وثلاثون وإذا رد عليهما كان له ستة وخمسون فقد نقصه الإجازة أحدا وعشرين منها تسعة لصاحب الربع بقي له سبعة وأربعون وللوصيين سبعة وسبعون لصاحب الثلث أربعة وأربعون ولصاحب الربع ثلثة وثلاثون فصار المجموع لهما وللابنين مائة وثمانية وستين

(فصل) إذا وصى لرجل بنصف ماله ولا آخر بربعه فأجاز الورثة فلصاحب النصف نصف المال والربع للآخر وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على قدر سهامهما لصاحب النصف ثلثاه وللآخر ثلثه وقسمت الثلثين على الورثة هذا قول الجمهور منهم الحسن والتخمي ومالك وابن أبي ليلى والثوري

يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه الى سهام الورثة ويقسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرقى لان له السدس وثلث الورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الخرقى الا أن الخرقى يعطيه السدس من جميع المال وعندهما انه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد وانفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع الى نصف وصيته لان كل واحد منهما قد أوصى له بثلاث المال وقد رجعت الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد الى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منها بقدر ما له في الوصية . وفي قول الخرقى رحمة الله عليه يأخذ كل واحد منها نصف وصيته من المحل الذي وصى له منه وصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع لانه وصى له بثلاث الجميع ، وأما على قولنا فان وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لانه وصى له بشيء شرك معه غيره فيه كله وصاحب الثلث افرد به شيء لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في حال الاجازة كما في سائر الوصايا ففني مسئلتنا هذه لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لايزاحمه الآخر فيها وبشتركان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جمعيه فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلثا واضمم اليها الثلث الذي للآخر يصير اربعة ثم اقسم العبد على اربعة اسهم يصير الثلث ربعا كما في مسائل العول وفي حال الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد الى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث الى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد الى نصفه

والشافعي واسحاق وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة وابو ثور وابن المنذر لا يضرب الموصى له زيادة على الثلث في حال الرد بأكثر من الثلث لان ما زاد على الثلث باطل فكيف يضرب به ؟ ولنا انه فاضل بينهما في الوصية فوجبت المفاضلة بينهما في حال الرد كما لو وصى بالثلث والرابع او بمائة ومائتين وماله أربع مائة وبهذا يبطل ما ذكروه ولانها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فقسم بينهم على قدر الوصايا كالثلث والرابع ودعوى بطلان الوصية فيما زاد على الثلث ممنوع وقد ذكرنا ما يدل على صحتها فيما مضى فعلى قولنا في هذه المسئلة فاللوصى لهما ثلاثة ارباع ان اجاز الوارثة ويبقى للورثة الربع، وان ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والمسئلة كلها من تسعة وان اجازوا لاحدهما دون صاحبه ضربت مسئلة الرد في مسئلة الاجازة واعطيت الحجاز له سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد والمردود عليه سهمه من مسئلة الرد مضروبا في مسئلة الاجازة فان اجاز بعض الورثة لهما ورد الباقيون عليهما اعطيت للمعيز سهمه من مسئلة الاجازة في مسئلة الرد ومن لم يحجز سهمه من مسئلة الرد في مسئلة الاجازة وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة فان اتفقت المسئلتان ضربت وفق احدهما في الاخرى ومن له سهم من احدى المسئلتين مضروب في وفق الاخرى، وان دخلت احدى المسئلتين في الاخرى اجزأت بأكثرهما فتقول في هذه المسئلة اذا كان امأ وثلث اخوات متفرقات فأجازوا فالمسئلة من اربعة للوصيين ثلاثة ويبقى سهم على ستة نضربها في اربعة تكن اربعة

وفي قولنا يضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثنا عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية من أربعين وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة أسهم فيضهها إلى سهام صاحب الثلث صار الجميع عشرين سهماً في حال الرد تجمل الثلث عشرين سهماً والمال كله متون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعة وخمسة ولصاحب الثلث ثمانية من الأربعين وهي خمسة وثلاثة من العبد وذلك عشرة ونصف عشره وإن كانت وصية صاحب المشاع بالنصف فله في حال الإجازة مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثه وفي الرد لصاحب المشاع خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساً وعلى الوجه الآخر لصاحب المشاع ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه وطريقها أن تنسب الثلث إلى ما حصل لهما في الإجازة ثم تعطي كل واحد مما حصل له في الإجازة مثل تلك النسبة وعلى الوجه الأول تنسب الثلث إلى وصيتهما ثم تعطي كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة، وببساطة في هذه المسئلة أن نسبة الثلث إلى وصيتهما بالخمسين لأن النصف والثلث خمسة من ستة فالثلث خمسها فلصاحب العبد خمساً العبد لأنه وصيته ، ولصاحب النصف الخمس لأنه خمساً وصيته ، وعلى الوجه الآخر قد حصل لهما في الإجازة الثمانين ونسبة الثلث إليهما بالنصف فلكل واحد منهما ما حصل له في الإجازة نصفه وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثه فصار له

وعشرين وإن ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة من تسعة يبقى ستة على المسألة وهي ستة فتصح من تسعة، وإن أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون وللآخر سهم في ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وإن أجازت الأم لهما ورد الباقي عليهما أعطيت الأم سهماً في ثلاثة وللباقي خمسة أسهم في ثمانية فالجميع ثلاثة وأربعون يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة وإن أجازت الأخت من الأبوين وحدها فلها تسعة ولباقي الورثة أربعة وعشرون يبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون ولصاحب الربع ثلاثة عشر .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (فإن زادت الوصايا على المال عملت فيها عملاً في مسائل العول فتجعل وصاياهم كالفروض التي فرض الله تعالى للورثة)

إذا زادت على المال وإن ردوا قسمت الثلث بينهم على تلك السهام فإذا وصى بنصف وثلث وربع وسدس أخذتها من خرجها اثني عشر وعالت إلى خمسة عشر وقسمت المال بينهم كذلك إن أجاز لهم وثلث إن رد عليهم فتصح في حال الإجازة من خمسة عشر وفي الرد من خمسة وأربعين هذا قول النخعي ومالك والشافعي، قال سعيد بن منصور ثناء أبو معاوية ثناء أبو عاصم الثقفي قال : قال لي إبراهيم النخعي ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربع ماله؟ قلت لا يجوز قال فأنهم قد أجازوا قلت لا أدري؟ قال أمسين

ثلاثة وان كانت المسئلة بحالها وملكيه غير العبد ثلاثمائة في الاجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون
 وثلاث العبد ولصاحب العبد ثلثاه ، وفي الرد لصاحب المشاع تسعا المال كله ولصاحب العبد أربعة
 أتساعه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني لصاحب العبد أربعة^(١) وسدسه والآخر ثمنه ونصف سدسه
 ومن المال ثمانون وهي ربعها وسدس عشرها . وان وصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بالعبد ففي الاجازة
 لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب العبد خمسة
 وهو ربع العبد وسدس عشره وللآخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ومن كل مائة
 مثل ذلك وهو ثمانون ديناراً ولو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله
 ووصى بالعبد لا آخر ففي حال الاجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب الثلث بثلث^(٢) الباقي
 وفي الرد للوصى له بالعبد ثلثه وللآخر ثلثه ، وثلث المائة ، وعلى الوجه الآخر لصاحب العبد ربعه
 وللآخر ربعه ونصف المائة يرجع كل واحد منهما إلى نصف وصيته فان لم تزد الوصيتان على الثلث
 كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بسدس ماله وللآخر بالعبد فلا أثر للرد ههنا ،
 ويأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد والآخر ستة اسباعه . وان وصى لصاحب المشاع بخمس
 المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر للرد أيضاً لان الوصيتين لم يخرج
 بهما من المال أكثر من ثلثه

(١) صوابه ثلثه

وخمس تسعة وللآخر
تسعة وثلث خمسة

(٢) صوابه بنصف

الباقي

اثني عشر فاخرج نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر لصاحب النصف ستة
 ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة وكان أبو حنيفة يقول يأخذ أكثرهم وصية ما يفضل به على
 من دونه ثم يقسمون الباقي ان اجازوا وفي الرد لا يضرب لاحد بأكثر بالثلث وان نقص بعضهم عن
 عن الثلث اخذ اكثر ما يفضل به على من دونه ومثال ذلك رجل اوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه فالمال
 بينهم على تسعة في الاجازة واثالث بينهم كذلك في الرد كسئلة فيها زوج واختان لآب واختان لام
 وقال أبو حنيفة صاحب الثلثين يفضلها بسدس فيأخذها وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلث
 بسدس فيأخذانه بينهما نصفين ويقسمون الباقي بينهم أثلاثاً وتصح من ستة وثلاثين لصاحب الثلثين
 سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب الثلث ثمانية وان ردوا قسم بينهم على ثلاثة ولو
 أوصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بثلثه فالمال بينهما على أربعة ان اجازوا والثلث بينهما كذلك في حال
 الرد وعند أبي حنيفة ان اجازوا فلصاحب المال الثلثان ينفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له
 خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وان ردوا اقتسما الثلث نصفين فلا يحصل لصاحب الثلث الا
 السدس في حال الاجازة والرد جميعاً ولو جعل مكان الثلث سدساً لكان لصاحب المال خمسة أسداسه
 في الاجازة ويقاسم صاحب السدس فيأخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس سهم من اثني عشر وفي الرد
 يقتسمان الثلث بينهما أثلاثاً فيحصل لصاحب السدس التسع سهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له

(مسئلة) قال (ومن أوصى لقرباته فهو للذكر والانثى بالسوية ولا يجاوز بها أربعة آباء لان النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى) وجعلته ان الرجل إذا أوصى لقراينة أو قرابة فلان كانت الوصية لأولاده وأولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه ويستوي فيه الذكر والانثى ولا يعطى من هو أبعد منهم شيئاً، فلو وصى قرابة النبي ﷺ أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل شيئاً لان الله تعالى لما قال (ما آفاه الله على رسوله من أهل القرى ناله والرسول ولذي القربى) يعني قرباء النبي ﷺ أعطى النبي ﷺ هؤلاء الذين ذكرناهم ولم يعط من هو أبعد منهم كبنى عبد شمس ونوفل شيئاً إلا أنه أعطى بني المطلب وعلل عطيتهم بأنهم لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً ولم يعط منهم إلا مسهل الخيل مطلق ككلام الموصي على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به، ويسوي بين قريبهم وبعيدهم وذكرهم وأنثاهم لان الوصية لهم سواء ويدخل في الوصية الكبير والصغير والفني والفقير ولا يدخل الكفار لانهم لم يدخلوا في المستحق من قربى النبي ﷺ . وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى انه يصرف إلى قرابة أمه ان كان يصلهم في حياته كأخواله وخالاته وأخوته من أمه، وان كان لا يصلهم لم يعطوا شيئاً لان عطيتهم في حياته قربنة دالة على

في حال الاجازة وهذا دليل على فساد هذا القول لزيادة سهم الموصى له في الرد على حال الاجازة ومتى كان للموصي حق في حال الرد لا يذني أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا اخذه منه ولا صرفه الى غيره مع ان ما ذهب اليه الجمهور نظيره مسائل العول في القرائض والديون وما ذكره لا نظير له مع ان فرض الله تعالى للوارث أكد من فرض الموصي ووصيته ثم ان صاحب الفضل المفروض لا ينفر ديفضله فكذا في الوصايا

(مسئلة) (وان وصى لرجل بجميع ماله ولا آخر بنصفه وخلف ابنين قالمال بينهما على ثلاثة أن أجز لهما والثالث على ثلاثة ان رد عليهما)

إنما كان كذلك لانك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين فإذا ضمنت اليهما النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثاً كمسئلة فيها زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات وان ردوا فالثلث بينهما على ثلاثة

(مسئلة) (فان أجازوا لصاحب النصف وحده فلصاحب المال التسعان ولصاحب النصف

النصف في أحد الوجهين)

لانه موصى له به وإنما نعه أخذه في حال الاجازة لهما مزاحمة صاحبه فإذا زالت مزاحمته أخذ جميع وصيته (والثاني) ليس له إلا الثلث الذي كان له في حال الاجازة لهما لان ما زاد على ذلك إنما كان حقاً لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد فيأخذه الابن، وان أجازا لصاحب الكل وحده فله ثمانية أنساع

صلته لهم بعد مماته والا فلا ، وعنه رواية أخرى انه يجاوزها بأربعة آباء ، ذكرها ابن أبي موسى في الارشاد ، وهذه الرواية تدل على أن لفظه لا يقتيد بالقيد الذي ذكرناه فعلى هذا يعطى كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون الى الاب الادنى الذي ينسب اليه وهذا مذهب الشافعي لانهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومته ، وإعطاء النبي ﷺ لبعض قرابته تخصيص لا يمنع من العموم في غير ذلك الموضع وقد قال أبو حنيفة : قرابته كل ذي رحم محرم فيعطى من أدناهم اثنان فصاعداً فإذا كان له عمان وخالان فالوصية لعميه وإن كان له عم وخالان فالعمه النصف والخالية النصف ، وقال قتادة : للأعمام الثلثان والاخوال الثلث وبه قال الحسن قال ويزاد الاقرب بعض الزيادة ، وقال مالك يقسم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد ، ولنا ان هذا الاسم له عرف في الشرع وهو ما ذكرناه فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف الفقري كالوضوء والصلاة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بذوي الرحم المحرم ، فان اسم القرابة يقسم على غيرهم عرفاً وشرعاً ، وقد تحرم على الرجل ربيته وأمهات نسائه وحلائل آبائه وأبنائه ولا قرابة لهم وتحمل له ابنة عمه وعمته وابنة خاله وخاتمه وهن من أقاربه وما ذكره من التفصيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير اليه تحكم فأما ان كان في لفظه ما يدل على ارادة قرابة أمه كقوله وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أي أو قوله الابن خالي فلاناً ونحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة لانها تصرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره

على الوجه الاول والتسم للآخر وعلى الوجه الثاني ليس إلا الثلثان اللذان كانا له في حال الاجازة لهما ويبقى التسعان للورثة

(مسئلة) (فان اجاز احد الابنين لهما دون الآخر قسمهما بينهما على ثلاثة ولا شيء للمعجز وللابن الآخر الثلث والثلثان بين الوصيين على ثلاثة فان اجاز احدهما لصاحب المال وحده فللاخر التسع وللابن الآخر الثلث والباقي لصاحب المال في احد الوجهين)

وفي الآخر له أربعة أتباع والتسع الباقي للمعجز وان اجاز لصاحب النصف وحده دفع اليه نصف ما يتم به النصف وهو تسع ونصف سدس في أحد الوجهين وهو ثلث ما في يده وربعه وفي الآخر يدفع التسع وهو ثلث ما في يده فيصير له تسعان ولصاحب المال تسعان والمعجز تسعان والثلث الذي لم يجزء وتصح من تسعة وعلى الوجه الاول تصح من ستة وثلثين والذي لم يجزء اثنا عشر والمعجز خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المال ثمانية وذلك لان مسألة الرد من تسعة ولصاحب النصف منها سهم فلو اجاز له الابنان كان له تمام النصف ثلاثة ونصف فاذا اجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك وهو سهم ونصف وربع فتضرب مخرج الربع في تسعة تكن ستة وثلثين

(فصل) في الجتم بين الوصية بالانصبا والاجزاء ، اذا خلف ابنين ووصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بمنزلة نصيب ابن ففيها وجهان (أحدهما) لصاحب النصيب ثلث المال في حال الاجازة كما لو لم يكن معه

(فصل) فان وصى لاقرب اقاربه أو اقرب الناس اليه أو اقربهم به رحما لم يدفع الى الابدع وجود الاقرب فيقدم الاب على كل من أدلى به من الاجداد والاخوة والاعمام والابن مقدم عليهم وعلى كل من أدلى به ويستوي الاب والابن لان كل واحد منهما يدلي بنفسه من غير واسطة ويحتمل أن يقدم الابن لانه يسقط نصيب الاب والاول اولى لان اسقاط نصيبه لا ينعم مساواته في القرب ولا كونه اقرب منه بدليل أن ابن الابن يسقط نصيبه مع بعده ويقدم الابن على الجد والاب على ابن الابن ، وقال أصحاب الشافعي رضي الله عنه يقدم ابن الابن على الاب في أحد الوجهين لانه يسقط نصيبه ولنا أن الاب يدلي بنفسه وبلي ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال بخلاف ابن الابن . والاب والام سواء وكذلك الابن والبنات والجد أبو الاب وأبو الام وأم الاب وأم الام كلهم سواء ثم من بعد الاولاد اولاد البنين وإن سفلوا الاقرب فالاقرب الذكور والاناث وفي اولاد البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقف ثم من بعد الولد الاجداد الاقرب منهم فالاقرب لانهم العمود الثاني ثم الاخوة والاخوات لانهم ولد الاب أو من ولد الام ثم ولد من سفلوا ولا شيء . اولد الاخوات اذا قلنا لا يدخل ولد البنات واذا تساوت درجاتهم فأولام ولد الابن ويسوى بين ولد الاب وولد الام لانهما على درجة واحدة وكذلك ولداهما والاخ للأب أولى من ابن الاخ من الابوين كما في الميراث ثم بعدم الاعمام ثم بنوم وإن سفلوا ويستوي العم من الاب والعم من الام وكذلك ابناؤهما وعلى

وصي آخر وهذا قول يحيى بن آدم وعند الرد بقسم الثلث بين الرصيين نصين لانه وصى لهما بنائي ماله وقد رجعت وصيتهما بالرد الى نصفيها ونصح من ستة (والوجه الثاني) يحصل لصاحب النصيب مثل ما يحصل الابن وهو ثلث الباقي وذلك التسعان عند الاجازة لان الموصى له بانث ثلث المال ويبقى سهمان بين الموصى له بالنصيب وبين الابنين على ثلاثة لا تنصح تصرفها في ثلاثة تكن تسعة لصاحب الثلث ثلاثة ويبقى ستة لكل ابن سهمان وللموصى له بالنصيب سهمان وهي التسعان وفي الرد يقسم الثلث بينهما على الخمسة التي كانت لهما في حال الاجازة لصاحب الثلث ثلاثة ولصاحب النصيب سهمان : (مسألة) (وان كان الجزء الموصى به النصف خرج فيها وجه ثالث)

وهو أن يكون لصاحب النصيب في حال الاجازة ثلث الثلثين وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر سهمًا لصاحب النصف تسعة ولصاحب النصيب أربعة وانما كان كذلك لان الورثة لا يلزمهم اجازة أكثر من ثلث المال فاذا جازوا أكثر من ذلك حسب من نصيبهم لانهم تبرعوا به ويبقى نصيب الموصى له بالنصيب على حاله كانه لم يخرج من المال الا الثلث فيبقى الثلثان بينه وبين الابنين على ثلاثة لان له مثل نصيب ابن فتجعل المسألة من ثمانية عشر لانها أقل عدده نصف ولان ثلث صاحب النصف تسعة لانه مجاز له ويعطي الموصى له بالنصيب ثلث الثلثين أربعة صار الجميع ثلاثة عشر يبقى

هذا الترتيب ذكره القاضي وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه الا أنه يرى دخول ولد البنات والاخوات والاخوال والحالات وهذا القول إنما يخرج في مذهب أحمد على الرواية الثانية التي تجعل القرابة فيها كل من يقع عليهم اسم القرابة فأما على الرواية التي اختارها الحنفي وأن القرابة اسم لمن كان من أولاد الآباء فلا يدخل فيه الام ولا أقاربها لأن من لم يكن من القرابة لم يكن أقرب القرابة فعلى هذا تنسأل الوصية من كان أقرب من أولاد الموصي وأولاد آبائه إلى أربعة آباء ولا يعدوم ذلك ، وإن وصى لجماعة من أقرب الناس إليه أعطي لثلاثة من أقرب الناس إليه ، وإن وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كالأخوة فالوصية لجمعهم لأن بعضهم ليس بأولى من بعض والامم يشملهم ، وإن لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة حكمت من الثانية ، وإن كانت في الدرجة الثانية جماعة سوى بينهم لما ذكرنا في الدرجة الاولى وإن لم يكمل من الثانية فن الثانية فاذا وجد ابن وأخ وعم فالوصية بينهم أثلاثاً ، وكذلك إن كان ابن وأخوان وإن كان ابن وثلاثة أخوة دخل جميعهم في الوصية وينبغي أن يكون للابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها فإن كان الابن وارثا سقط حقه من الوصية إن لم يجزله والباقي للأخوة ، وإن وصى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كانوا من يرث في الحال أو لم يكن ويسوى بين قريتهم وبعيدهم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الام بحال .

خمس للابنين لا تصح عليهما فتضرب عددها في ثمانية عشر تسكن ستة وثلاثين للموصى لهما ستة وعشرون لصاحب النصف ثمانية عشر وللآخر ثمانية يبقى عشرة للابنين بينهما نصفين وإن ردوا قسم الثالث بينهما على ثلاثة عشر فتصح من تسعة وثلاثين ثلاثة عشر لوصيين والابنين ستة وعشرون (فصل) فإن كان الجزء الموصى به الثلثين فعلى الوجه الاول الموصى له بالنصيب الثلث في حال الاجازة وتصح من ثلاثة وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الوجه الثاني للموصى له بالنصيب التسع وللآخر الثلثان في حال الاجازة وتصح من تسعة أيضاً وفي الرد يقسم الثلث بينهما على تسعة وتصح من أحد وعشرين ، وفي الوجه الثالث لصاحب النصيب ثلث الثلثين وللآخر الثلثان وأصلها من تسعة وتصح من ثمانية عشر في الاجازة لصاحب الثلثين اثناعشر وللآخر أربعة يبقى سهمان للابنين وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ستة عشر وتصح من ثمانية وأربعين

(فصل) فإن كان الموصى به جميع المال فعلى الوجه الاول يقسم المال بينهما على أربعة في حال الاجازة لصاحب المال ثلاثة ولصاحب النصيب سهم كولو وصى بماله كله وبثلثه ، وفي الرد يقسم الثلث بينهما على أربعة ، وعلى الوجه الثاني لا يحصل لصاحب النصيب شيء لأنه إنما يحصل له مثل ابن والابن لا يحصل له شيء . وهذا مما يوهن هذا الوجه لأنه لا يطرد ويكون الكل لصاحب المال في حال الاجازة وفي الرد يأخذ صاحب المال الثلث ويبقى الثلثان بين صاحب النصيب وبين الابنين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الثالث لصاحب النصيب ثلث الثلثين اثنان من تسعة ولصاحب المال

(مسألة) قال (وإن قال لأهل بيتي أعطي من قبل أبيه وأمه)

يعني تعطى أمه وأقاربها الاخوان والحالات وآباء أمه وأولادهم وكل من يعرف بقربته والمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه التسوية بين هذا اللفظ ولفظ القرابة فانه قال في رواية عبد الله إذا أوصى ثلث ماله لأهل بيته هو بمثابة قوله لأقاربي وحكام ابن المنذر عن أحمد ، وقال أحمد قال النبي ﷺ لا نحل الصدقة لي ولأهل بيتي ، فجعل سهم ذي القربى لهم عوضاً عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة . وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال « أذكركم الله في أهل بيتي » قال قلنا من أهل بيته نسأله قال لا ، أصلاً وعشيرة الذين حرمت عليهم الصدقة : آل علي وآل عقیل وآل جعفر وآل العباس ، وقال القاضي : قال ثعلب أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكر والإناث . وذكر القاضي أن أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة ولا أهل بيته وليس هذا بشيء فان ولد النبي ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حرّموا الصدقة وأعطوا من سهم ذي القربى وهم من أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه وقد قال النبي ﷺ لأطمة ولديها وزوجها اللهم هؤلاء أهل بيتي فاذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا ، ولو وقف على أقارب رجل أو وصى لأقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف علمته ،

تسعة فتصح من أحد عشر في حال الاجازة وفي الرد من ثلاثة وثلاثين لصاحب المال تسعة ولصاحب النصيب اثنان ولكل ابن أحد عشر

(مسألة) إذا وصى لرجل بمال نصيب أحد ابنيه ولا آخر بثلاث باقي المال فإلى الوجه الاول

لصاحب النصيب ثلث المال والآخر ثلث باقي المال تسعة وللأبني وتصح من تسعة وعلى الوجه الثاني يدخلها الدور لكونه إنما يحصل لصاحب النصيب مثل ما يحصل للأبني وهو لا يعلم ثلث الباقي حتى يعلم نصيب الابن ولا يعلم نصيب الابن حتى يعلم ثلث الباقي فيخرجه ويقسم الباقي على الابنين وصاحب النصيب والتفريع على هذا الوجه . ولعلمها طرق (أحدها) أن تجوز المال ثلاثة أسهم ونصيباً وإنما جعلته ثلاثة أسهم ليكون الباقي بعد النصيب ثلث فيدفع النصيب إلى الموصى له به وإلى الآخر ثلث الباقي منها يبقى سهمان لكل ابن سهم وذلك هو النصيب فصحت من أربعة (والطريق الثاني) طريق الجبر فتأخذ مالا وتلقي منه نصيباً يبقى مال إلا نصيباً تدفع إلى الوصي الآخر ثلثه وهو ثلث مال إلا ثلث نصيب يبقى ثلثا مال إلا ثلثي نصيب يعدل نصيبين اجبر ثلثي المال بثلثي نصيب ورد على النصيبين مثل ذلك يبقى ثلثا مال تعدل نصيبين وثلثين أبسط الكل اثلاثاً من جنس الكسر وأقلب وحول فاجعل النصيب اثنين والمال ثمانية ويرجع بالاختصار إلى أربعة (والطريق الثالث) الطريق المنكوس وهي أن تقول للأبنين سهمان وهو مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل

والخرفي عدم في القرابة بقوله لا يجاوزها أربعة آباء. لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى فجعل هاشم الأب الرابع ولا يكون رابعا إلا أن يعد النبي ﷺ أبا لأن هاشما إنما هو رابع النبي ﷺ (فصل) وإن وصى لآله فهو مثل قرابته فإن في بعض ألفاظ زيد بن أرقم من آل رسول الله ﷺ قال أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده: آل علي وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل والاصل في آل أهل قلابت الماء همزة كما قالوا اهرقت الماء وأرقته، ومدت ثلاثا تجتمع همزتان

وإن وصى لعترته فقد توقف أحد في ذلك وهو في عرف الناس عشيرته الأذنون وولده المذكور والاناث وإن سفلوا فتصرف الوصية إليهم وبذلك فسرهم ابن قتيبة، قال: ويدل على ذلك قول أبي بكر رضي الله عنه نحن عترة النبي ﷺ ويصنعه التي تفقت عنه، وقال ثعلب وابن الأعرابي: العترة الاولاد وأولاد الاولاد ولم يدخلوا في ذلك العشيرة، والاول أصح وأشهر في عرف الناس مع أنه قد دل على صحته قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب النبي ﷺ فلم ينكره أحد وهم أهل الإنسان فلا يقول على ما خالفه

وإن وصى أقومه أو لنسبائه فقال أبو بكر هذا بمثابة أهل بيته، وقول القاضي إذا قال لرحمي أو لأرحامي أو لأنسائي أو لمناسبي صرف إلى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الأب الخامس، فعلى هذا يصرف إلى كل من يرث بفرض أو نصيب أو بالرحم في حال من الاحوال وقول أبي بكر في

نصفه سهما يصير ثلاثة ثم زد عليه مثل نصيب ابن نصر أربعة وإن شئت ضربت ثلاثة مخرج اثلاث في ثلاثة وهي عدد البنين مع الوصي تكن تسعة انتقص منها واحداً يبقى ثمانية ومنها تصح وتسمى طريق الباب وتعمل بها ما يرد عليك من هذه المسائل

(مسئلة) (وإن كانت وصية الثاني ثلث ما يبقى من النصف فعلى الوجه الاول تصح من ثمانية عشر لصاحب النصيب الثالث ستة والآخر ثلث ما يبقى من النصف سهم يبقى أحد عشر للابنين) وتصح من ستة وثلاثين لصاحب النصيب اثنا عشر وللآخر سهمان ولكل ابن أحد عشر سهما في حال الاجازة وفي الرد، وتصح من أحد وعشرين الاول ستة أسهم والآخر سهم ولكل ابن سبعة وعلى الوجه الثاني يجعل للمال ستة أسهم ونصيبين يدفع النصيب إلى الموصى له به وإلى الآخر ثلث باقي النصف سهما وإلى أحد الابنين نصيبا يبقى خمسة لابن الآخر فالنصيب خمسة والمال ستة عشر للموصى له بذلك باقي النصف سهم يبقى خمسة عشر للموصى له بالنصيب خمسة ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتلقي منه نصيبا يبقى مال الا نصيبا تلقي منه ثلث باقي النصف يبقى خمسة أسداس مال الا ثلثي نصيب تعدل نصيبين اجبرها بثلثي نصيب وزد على النصيبين مثلها يبقى خمسة أسداس مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل اسداسا واقلب وحول واجعل أجزاء المال النصيب وجزاء النصيب المال يصير النصيب خمسة والمال ستة عشر وإن شئت

المناسبتين أولى من قول القاضي لأن ذلك في العرف يطلق على من كان من العشيرة التي ينتسبان إليها وإذا كان كل واحد منهما ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له (فصل) فإن وصى لمواليه وله موال من فوق وهم معتقوه فالوصية لهم لأن الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم وإن لم يكن له إلا موال من أسفل فهو لهم كذلك، وإن اجتمعوا فالوصية لهم جميعا يستوفون فيها لأن الاسم يشمل جميعهم ، وقال أصحاب الرأي الوصية باطلة لأنها لغير معين ، وقال أبو ثور بقرع بينهما لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر ، وقال ابن القاسم هي للمولى من أسفل ولأصحاب الشافعي أربعة أوجه كقولنا وقول أصحاب الرأي (والثالث) هي للموالي من فوق لأنهم أقوى بدليل أنهم عصبة وبرثون بخلاف عتقائه (والرابع) يقف الأمر حتى يصطالحوا

ولنا أن الاسم يتناول الجميع حقيقة وعرفا فدخلوا في الوصية كما لو وصى لاختوته ، وقولهم غير معين غير صحيح فإن من التعميم يحصل التعمين ولذلك لو حلف لا كلمت موالي حث بكلام أيهم كان ، وقولهم إن المولى من فوق أقوى قلنا مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الأقوى والاضعف كاختوته ولا شيء لابن العم ولا للناصر ولا لغير من ذكرنا لأن الاسم ان لم يتناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفا والأما العرفية تقدم على الحقيقية ولا يستحق مولى ابنه مع وجود مواله ، وقال زفر يستحق ولا يصح لأن مولى ابنه ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواء ، فإن لم يكن له مولى فقال الشريف أبو جعفر

أخذت نصف مال القيت منه نصيبا يبقى نصف مال إلا نصيبا الق ثلثه يبقى ثلث مال الا ثلثي نصيب ضمه إلى نصف المال يصير خمسة أسداس إلا ثلثي نصيب تعدل نصيبين اجبر وقابل يصير خمسة أسداس مال تعدل نصيبين وثلثين أبسط الكل أسداسا من جنس الكسر واقلب يكن المال ستة عشر والنصيب خمسة كما سبق

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لرجل بمثل نصيب أحدهم ولا آخر بنصف باقي المال ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية أخرى (والثاني) أن يعطى نصيبه من ثلث المال (والثالث) أن يعطى مثل نصيب ابن بعد أخذ صاحب النصف وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور والتفريع عليه وأما طروق :

(أحدها) أن تأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهما يبقى سهم فهو النصيب ثم تزيد على عدد البنين واحداً يصير أربعة فتضربها في المخرج تسكن ثمانية تنقصها سهما يبقى سبعة فهي المال للموصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو ثلاثة ولكل ابن سهم .

(طريق آخر) أن تزيد سهام البنين نصف سهم وتضربها في المخرج تسكن سبعة (طريق ثالث) يسمى المنكوس أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فتقول هذا بقية مال ذهب نصفه فإذا أردت تكيله زدته عليه مثله ثم زد عليه مثل نصيب ابن تسكن سبعة

يكون لموالي أبيه وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء له لانه ليس بمولى له واحتج الشريف بأن الاسم يتناول موالى أبيه مجازاً فإذا تضرعت الحقيقة وجب صرف الاسم إلى مجازة والعمل به تصحيح الكلام المكاف عند إمكان تصحيحه ولأن الظاهر إرادته المجاز لكونه محلاً لصحيح إرادة الصحيح أغاب من إرادة الفاعل، فإن كان له موالى وموالى أب حين الوصية ثم انقرض مواليه قبل الموت لم يكن لموالى الأب شيء على مقتضى ما ذكرناه لأن الوصية كانت لفريقهم فلا تعود إليهم إلا بمقتضى ما يوجد ولا يشبه هذا قوله أوصيت لأقرب الناس إلي وله ابن وابن ابن فإت ابن حيث يستحق ابن الابن وإن كان لا يستحق مع حياة الابن شيئاً لأن الوصية هي الموصوف بصفة وجدت في ابن الابن كوجودها في الابن حقيقة وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى أبيه مجازاً فموجودهم جميعاً لا يحمل إلا على الحقيقة وهذه الصفة ترجع في مولى أبيه، قال الشريف ويدخل في الوصية الموالى مدبره وأم ولده لأن الوصية إنما تستحق بعد الموت وهم حينئذ موالى في الحقيقة

(فصل) وإن وصى لجيرانه فهم أهل أربعين داراً من كل جانب نص عليه أحمد وبه قال الأوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة الجار الملاصق لأن النبي ﷺ قال «الجار أحق بصقبة» يعني الشفعة وإنما ثبت للملاصق ولأن الجار مشتق من المجاورة، وقال قتادة: الجار الدار والداران وروى عن علي رضي الله عنه في قول النبي ﷺ «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» قال من سمع النداء، وقال سعيد بن عمرو بن جعدة من سمع الإقامة، وقال أبو يوسف الجيران أهل المحلة

(طريق رابع) وهو أن تجعل المال سهمين ونصفاً وتدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهماً يبقى سهم للبنتين يعدل ثلاثة أنصباء فالمال كله سبعة، وبالجزء تأخذ مالا وتلقي منه نصيباً يبقى مال إلا نصيباً وتدفع نصف الباقي إلى الوصي الآخر يبقى نصف مال الانصاف نصيب تعدل ثلاثة أنصباء فاجزئه بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصف كامل يعدل ثلاثة ونصفاً فالمال كله سبعة

(فصل) فإن كانت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثالث من ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهي النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البنين وتضربها في المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة يبقى أحد وعشرون فهو المال تدفع إلى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث سهمان تدفع منها سهماً إلى الوصي الآخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة. وبالطريق الثاني تزيد على سهام البنين نصفاً وتضربها في المخرج يكن أحداً وعشرين. وبالثالث تعمل كما عملت في الأولى فإذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل الوصية الثانية بنصف الثلث وبالرابع تجعل الثلث سهمين ونصفاً تدفع النصيب إلى الموصى له به وإلى الآخر سهماً يبقى من المال خمسة أسهم ونصفان تدفع النصيبين إلى اثنين يبقى خمسة لثالث فهي النصيب فإذا بسطتها كانت إحدى وعشرين وبالجزء تأخذ مالا تلقي من ثلثه نصيباً وتدفع إلى الآخر نصف باقي الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه الانصاف

في مسجد بن صغيرين متقاربين فالجميع جيران وإن كانا عظيمين فكل أهل مسجد جيران ، وأما
الأمصار التي فيها القبائل فالجوار على الأخاذ

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «الجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا»
وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صح وإن لم يثبت الخبر فالجار هو المتقارب ويرجم في ذلك إلى العرف
(فصل) وإن وصى لأهل دربه أو سكنته فهم أهل المحلة الذين طريقهم في دربه

(فصل) وإن وصى لأصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين يستحقون من الزكاة وينبغي
أن يجعل لكل صنف من الوصية كما لو وصى ثمان قبائل . وافرقت بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز
الاقتصار على صنف واحد . أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع إليه والوصية أريد بها بيان من
يجب الدفع إليه ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد لأنه لا يمكن استيعابهم . وحكي هذا عن
أصحاب الرأي وعن محمد بن الحسن أنه قال : لا يجوز الدفع إلى أقل من اثنين

وحكي أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف وهو
مذهب الشافعي . وأصل هذا الاختلاف في الزكاة وقد ذكرناه ، ولا يجوز الصرف إلا إلى المستحق من
أهل بلده ، وإن وصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين ، وإن وصى للمساكين دخل فيه الفقراء .

نصيب أجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين تضر ثلاثة ونصفا تعدل خمسة أسداس أقاب وحول
يكن النصيب خمسة وكل سهم ستة والمال أحداً وعشرين

(فصل) فإن أوصى لثالث ربع المال فخذ الخارج وهي اثنان وثلاثة وأربعة واضرب بعضها في
بعض تكن أربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحداً واضربها في أربعة وعشرين تكن ستة وتسعين
انقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرون وذلك اثنا عشر يبقى أربعة وعشرون وهي المال ثم
انظر الأربعة والعشرين فانقص منها سدسها لأجل الوصية الثانية وربعها لأجل الوصية الثالثة يبقى
أربعة عشر وهي النصيب فادفعها إلى الموصى له بالنصيب ثم ادفع إلى الثاني نصف ما يبقى من الثالث
وهو سبعة وإلى الثالث ربع المال أحداً وعشرين يبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر . وبالطريق
الذي تزد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصفا في أربعة وعشرين تكن أربعة وعشرون
وبالطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها فإذا بلغت أحداً وعشرين ضربتها في أربعة
من أجل الربع تكن أربعة وعشرون . وبطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصبا . تدفع نصيباً
إلى صاحب النصيب وإلى الآخر سهماً وإلى صاحب الربع سهماً ونصفاً وثلاثة أرباع نصيب يبقى من
المال نصيب وربع وثلاثة أسهم ونصف للورثة تعدل ثلاثة أنصبا فأسقط نصيباً وربعاً بلها يبقى ثلاثة
أسهم ونصف تعدل نصيباً وثلاثة أرباع فالنصيب إذا سهمان فابسط الثلاثة الانصبا تكن ستة فصار
المال اثنا عشر ومنها تصح لصاحب النصيب سهمان وللآخر نصف باقي اثنا عشر سهم ولصاحب الربع

لانهم صنف واحد فيما عدا الزكاة إلا أن يذكر الصنفين جميعاً فيدل على ذلك أنه أراد المغالبة بينهما ، ويستحب تعميم من أمكن منهم والدفع اليهم على قدر الحاجة والبساية بأقارب الموصي على ما ذكرنا في باب الزكاة

(فصل) وإن أوصى بشي لزيد وللمساكين فلزيد نصف الوصية وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد ، وعن محمد لزيد ثلثه وللمساكين ثلثاه لان أقل الجمع اثنان ، وقال الشافعي يكون كأحدهم إن عهدهم أعطاه كواحد منهم ، وإن قسم على ثلاثة منهم جعله كأحدهم ، وحكى أصحابه وجهين آخرين أحدهما كذهبنما والثاني له ربع الوصية لان أقل الجمع ثلاثة فإذا انضم اليهم صاروا أربعة

ولنا أنه جعل الوصية لجهتين فوجب أن يقسم بينهما كما لو قال لزيد وعمره ، ولأنه لو وصى لقرش وتميم لم يشرك بينهما على قدر عددهم ولا على قدر من يعطى منهم بل يقسم بينهما نصفين كذلك هنا وإن كان زيد مسكيناً لم يدفع اليه من سهم المساكين شيء وبه قال الحسن واسحاق لان عطفهم عليه يدل على المغالبة بينهما إذ الظاهر المغالبة بين المعطوف والمعطوف عليه ولان تجوز ذلك ينضي إلى تجوز دفع الجميع اليه ولفظه يقتضي خلاف ذلك ، فأما ان كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم مثل أن يقول هذا لزيد واخوته فيحتمل أنه يكون كأحدهم لانه شرك بينه وبينهم على وجه لا يجوز الاخلال ببعضهم فتساووا فيه كما لو قال هذا لكم ويحتمل أن يكون كالتي قبلها

(فصل) وإن قال اشترى بثلاثي رقاباً فاعتقوهم لم يجز صرفه إلى المسكينين لانه وصى بالشراء لا بالدفع اليهم فان اتسم الثلاث لثلاثة لم يجز أن يشترى أقل منها لانها أقل الجمع وإن قدرت على أن تشتري أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية كان أولى وأفضل لان النبي ﷺ قال « من أعتق امرأ مسلماً أعتق الله بكل عضوه عضو عنه من النار » ولأنه يفرج عن نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك ، وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة وحصه من الرابعة بثمن ثلاثة غالية فالثلاثة أولى لان النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب قال « أغلاها

ثلاثة يبقى ستة للبنيين لكل ابن سهمان وهذا أخصر وأحسن . وبالجبر تأخذ مالا تدفع منه نصيباً يبقى مال الا نصيباً تدفع نصف باقي ثلثه وهو سدس الا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس الا نصف نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث المال وربعه الا نصف نصيب تعدل ثلاثة أنصاء اجبر وقابل واقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين فتضربها في اثنين ليزول الكسر تصير أربعة وعائين .

(فصل) فان كانت الوصية الثلاثة بربع ما بقي من المال بعد الوصيتين الاوليين فاعملها بطريق النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة أرباع سهم تعدل نصيباً ونصفاً أبسطها ارباعاً تكن السهام خمسة عشر والانصاء ستة توافقها وتردها الى وقفها تصير خمسة أسهم تعدل نصيبين اقلب واجعل النصيب خمسة والسهم اثنين وأبسط ما معك يصير سبعة وعشرين فادفع خمسة الى صاحب النصيب والى الآخر

ثُمَّ وَأَنْفُسَهَا عِنْدَ أَهْلِهَا » وَالْقَصْدُ مِنَ الْعَتَقِ تَكْبِيلُ الْأَحْكَامِ مِنَ الْوَلَايَةِ وَالْجُمُعَةِ وَالْحُجَّ وَالْجِهَادِ وَسَائِرِ الْأَحْكَامِ الَّتِي تَخْتَلِفُ بِالرَّقِّ وَالْحَرِيَةِ وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِاعْتِاقِ جَمِيعِهِ، وَهَذَا التَّفْضِيلُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ لِلْعَالِيَةِ أَمَّا يَكُونُ مَعَ التَّسَاوِي فِي الْمَصْلَحَةِ فَأَمَّا أَنْ تَرْجِعَ بَعْضُهُمْ بِدِينِ وَعَقْدِ وَصْلَاحِ وَمَصْلَحَةِ لَهُ فِي الْعَتَقِ أَنْ يَكُونَ مُضْرُوراً بِالرَّقِّ فَلَهُ مَصْلَاحٌ فِي الْعَتَقِ وَغَيْرُهُ لَهُ مَصْلَحَةٌ فِي الرَّقِّ وَلَا مَصْلَحَةٌ لَهُ فِي الْعَتَقِ وَرَبَّمَا تَضُرُّ بِهِ مِنْ فَوَاتِ نَفَقَتِهِ وَتَفَالَتْ وَمَصَالِحُهُ وَعَجَزَهُ بَعْدَ الْعَتَقِ عَنِ الْكَسْبِ وَخُرُوجِهِ عَنِ الصِّيَانَةِ وَالْحَفَظِ فَإِنْ اعْتِاقَ مِنْ كَثُرَتِ الْمَصْلَحَةُ فِي اعْتِاقِهِ أَفْضَلُ وَأَوْلَى وَإِنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ وَلَا يَسُوغُ اعْتِاقُ مَنْ فِي اعْتِاقِهِ مَفْسَدَةٌ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمُومِي تَحْصِيلَ الثَّوَابِ وَالْأَجْرِ وَلَا أَجْرَ فِي اعْتِاقِ هَذَا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَعْتَقَ الرَّقَبَةَ مُسْلِمَةً لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا قَالَ (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) لَمْ يَتَنَوَّلْ إِلَّا الْمُسْلِمَةَ وَمَطْلُوقُ كَلَامِ الْأَدَمِيِّ مَحْمُولٌ عَلَى مَطَاقِ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى، وَلَا يَجُوزُ اعْتِاقُ مَعْيَبَةٍ عَيِيبًا يَنْسَعُ الْأَجْزَاءُ فِي الْكُفَّارَةِ لَمَّا ذَكَرْنَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ

(فَصْل) وَتَقِلُّ الْمُرُودِي عَنْ أَحَدٍ فَيَمْنُ أَوْصَى بِثَلَاثَةِ أَبْوَابِ الْبَرِّ بِحِزْأِ ثَلَاثَةِ أَجْزَاءٍ جِزْأً فِي الْجِهَادِ وَجِزْأً يَتَصَدَّقُ بِهِ فِي قَرَابَتِهِ وَجِزْأً فِي الْحُجَّ، وَقَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ الْغَزَوِيُّ بِدَأْبِهِ. وَحَكَى عَنْهُ أَنَّهُ جَعَلَ جِزْأً فِي فِدَاءِ الْأَسْرَى، وَهَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ لَيْسَ عَلَى سَبِيلِ الزُّرْمِ وَالتَّحْدِيدِ بَلْ يَجُوزُ صَرْفُهُ فِي جِهَاتِ الْبَرِّ كُلِّهَا لِأَنَّ الْقَلْفَ لِلْعُمُومِ فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى عُمُومِهِ وَلَا يَجُوزُ تَخْصِصُ الْعُمُومِ بِفِيهِ دَلِيلٌ وَرَبَّمَا كَانَ غَيْرَ هَذِهِ الْجِهَاتِ أَحْوَجَ مِنْ بَعْضِهَا وَأَحَقُّ وَقَدْ تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَى تَكْفِينِ مِيتٍ وَإِصْلَاحِ طَرِيقٍ وَفَكَ أَسِيرٍ وَإِعْتِاقِ رَقَبَةٍ وَقَضَاءِ دَيْنٍ وَإِغَاثَةِ مَلْهُوفٍ أَكْثَرَ مِنْ دَعَائِهَا إِلَى حُجٍّ مِنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحُجُّ فَيُكَلِّفُ وَجُوبَ مَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ وَاجِباً وَتَعَباً كَانَ اللَّهُ قَدْ أَرَادَهُ مِنْهُ مِنْ غَيْرِ مَصَاحَةٍ تَعُودُ عَلَى أَحَدٍ مِنْ خَلْقِ اللَّهِ فَتَقْدِيمُ هَذَا عَلَى مَا مَصَاحَتُهُ ظَاهِرَةٌ وَالْحَاجَةُ إِلَيْهِ دَاعِيَةٌ بِغَيْرِ دَلِيلٍ تَحْكُمُ لَامَعْنَى لَهُ

نَصَفَ بَاقِيَ الثَّلَاثِ سَهْمَيْنِ وَالْإِلَى الثَّلَاثِ رُبْعَ الْبَاقِي خَمْسَةً يَبْقَى خَمْسَةُ عَشَرَ لِكُلِّ ابْنِ خَمْسَةٍ وَهَذِهِ الطَّرِيقُ أَخْصَرُ. وَإِنْ عَمِلْتَ بِالطَّرِيقِ الثَّانِي أَخَذْتَ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ فَقُصِّصَتْ سُدُسُهَا وَرُبْعُ الْبَاقِي يَبْقَى خَمْسَةُ عَشَرَ فَهِيَ النِّصْبُ ثُمَّ زِدْتَ عَلَى عِدَدِ الْبَيْنَيْنِ سَهْمًا وَقُصِّصَتْ نِصْفُهُ وَرُبْعُ مَا بَقِيَ مِنْهُ يَبْقَى ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ زِدْهَا عَلَى سَهْمِ الْبَيْنَيْنِ تَكُنْ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ تَضُرُّ بِهَا فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ تَكُنْ أَحَدًا وَثَمَانِينَ وَمِنْهَا نَصِجٌ وَبِالْجِبْرِ يَفْضِي إِلَى ذَلِكَ أَيْضاً

(مَسْئَلَةٌ) (وَإِنْ خَلَفَ أُمًّا وَبَنَاتًا وَاحْتَأَى وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُمِّ وَسَبْعَ مَا بَقِيَ وَلَا خَيْرَ مِثْلِ نَصِيبِ الْأَخْتِ وَرُبْعَ مَا بَقِيَ وَلَا خَيْرَ مِثْلِ نَصِيبِ الْبَنَاتِ وَثَلَاثَ مَا بَقِيَ فَأَعْمَلَهَا بِالنَّكَوسِ فَقُلْ مَسْئَلَةُ الْوَرِثَةِ مِنْ سِتَّةٍ وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثَلَاثُهُ فَزِدْ عَلَيْهِ نِصْفَهُ ثَلَاثَةٌ يَكُنْ تِسْعَةٌ وَمِثْلُ نَصِيبِ الْبَنَاتِ ثَلَاثَةٌ تَكُنْ اثْنَتَا عَشَرَ وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ رُبْعُهُ فَزِدْ عَلَيْهِ ثَلَاثَةً أَرْبَعَةٌ صَارَ سِتَّةٌ عَشَرَ وَمِثْلُ نَصِيبِ الْأَخْتِ اثْنَتَيْنِ تَكُنْ ثَمَانِيَّةً عَشَرَ وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ سَبْعُهُ فَزِدْ عَلَيْهِ سُدُسَهُ ثَلَاثَةٌ يَكُنْ أَحَدًا وَعِشْرِينَ وَمِثْلُ نَصِيبِ الْأُمِّ سَهْمًا يَكُنْ

وإذا قال ضع ثلثي حيث يربك الله فيه صرفه في أي جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملاً بمقتضى وصيته وذكر القاضي أنه يجب صرفه إلى الفقراء والمساكين، والأفضل صرفه إلى فقراء أقربه فإن لم يجد قالي محارمه من الرضاع، فإن لم يكن قالي جيرانه. وقال أصحاب الشافعي: يجب ذلك لأنه رده إلى اجتهاده فيما فيه الحظ وهذا أحظ

ولنا أنه قد يرى غير هذا أم منه وأصلح فلا يجوز تقييده بالتحكم. ونقل أبو داود عن أحمد أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محايج لم يوص لهم بشيء ولم يرثوا فإنه يبدأ بهم فإنهم أحق، قال وسئل عن النضراني يوصي بثلثه لفقراء من المسلمين أعطى أخوته وهم فقراء؟ قال نعم هم أحق يعطونهم دون درهما لا يزدون على ذلك، يعني لا يزد كل واحد منهم على ذلك لأنه القدر الذي يحصل به الغنى

(مسئلة) قال (وانا وصى أن يحج عنه بخمسائة فما فضل رد في الحج)

وجملة أنه إذا وصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ذلك في الحج إذا حمله الثلث لانا وصى بجميعه في جهة تربة فوجب صرفها ولو وصى بما في مايل الله، وليس لولي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة ائيل لانه أطلق له التصرف في المعاوضة فانتفى ذلك عوض المثل كالوكيل في البيع ثم لا يخلو اما ان يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو نافصا عنها فيحج به من حيث يبلغ في ظاهر منصوص أحمد، فانه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة فقال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة لراكب من أهل مدينته، وهذا قول العنبري

وقال القاضي بمازبه في الحج وهو قول سوار القاضي حكاة عنه العنبري، وعن أحمد أنه مخير في ذلك، قال في رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها أرى أن يؤخذ ثلث ما لها فيعان به في الحج أو يحج من حيث يبلغ (الحال الثلاث) أن يفضل عن الحجة فيدفع في حجة ثانية ثم في ثالثة

اثنين وعشرين ومنها تصح تدفع إلى الموصى له بمثل نصيب الام سها وسبع الباقي ثلاثة يبقى ثمانية عشر تدفع إلى الموصى بمثل الاخت سهمين وربع الباقي فيحصل له ستة ويبقى اثنا عشر، تدفع إلى الموصى له بمثل نصيب البنات ثلاثة يبقى تسعة تدفع اليه ثلثها ثلاثة يصرف له ستة ويبقى ستة للورثة، وهذا في حال الاجازة، وفي الرد تجعل الثلث ستة عشر فتصح من ثمانية وأربعين الموصى له بمثل نصيب الام أربعة واسل واحد من الوصيين الآخرين ستة وللورثة اثنان وثلاثون لا تنقسم على مسئلتهم وتوافقها بالانصاف فتضرب وفق أحدهما في الاخرى تكن مائة وأربعة واربعين

(فصل) فإن خلقت امرأة زوجا وأما وأختا لاب وأوصت بمثل نصيب الام وثلث ما بقي ولا آخر بمثل نصيب الزوج ونصف ما بقي فمسئلة الورثة من ثمانية وهي مال ذهب نصفه فزد عليه مثله يكن ستة عشر ومثل نصيب الزوج ثلاثة تصير تسعة عشر وهو بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه

الى أن ينفذ أو يبقى مالا يبايع حجة فيحج عنه من حيث يبايع على ما ذكرنا من الخلاف فيه ولا يستتبع في الحج مع الامكان الا من بلد الحجج عنه لانه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه فان كان الموصى به لا يحمله الثالث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعاً فان كان فرضاً أخذ أكثر الامرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض فان كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعاً حتى ينفذ كما ذكرنا من قبل ، وإن كان الثلث أقل ثم قدر ما يكفي الحج من رأس المال وبهذا قال عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهرري والشافعي وإسحاق قال سعيد بن المسيب والحسن كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعي والشمسي وحماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة وداود بن أبي هند . ان وصى بالحج فمن ثلثه والا فليس على ورثته شيء فلي قولهم إن لم يف الثلث بالموصى به والا لم يزد على الثلث لان الحج عبادة فلا تلزم الوارث كالصلاة

وانا قول النبي ﷺ « لو كان على أيك دين أ كنت تقضيه؟ » قال نعم قال « فدين الله أحق أن يقضى » والدين من رأس المال فها هو أحق منه أولى ولانه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمي ، وان كان تطوعاً أخذ الثلث لا غير اذا لم يحز الورثة ويحج به على ما ذكرنا فيما مضى

(فصل) واذا أوصى بحج واجب أو غيره من الواجبات كقضاء دين وزكاة وإخراج كفارة لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يرصي بذلك من صاب ماله فهذا تأكيد لما وجب بالشرع ويحج عنه من بلده ، وان لم يف ماله بذلك أخذ ماله كله يدفع في الواجب كما لو لم يوص (الثاني) أن يوصي بأداء الواجب من ثلث ماله فيصح أيضاً ، فان لم تكن له وصية غير هذه لم تند شيئاً ويؤدي من المال كله كما لو لم يوص ، وان كان قد أوصى بغيره لجهة أخرى قدم الواجب ، وان فضل من

نصفه صار ثمانية وعشرين نصفاً فرد عليه مثل نصيب الاخت سهمين يكن ثلاثين ونصفاً أسطها من جنس الكسر تكن احدا وستين للموصى له بمثل نصيب الام أربعة بقي سبعة وخمسون ادفع اليه ثلثها تسعة عشر بقي ثمانية وثلاثون ادفع الى الموصى له بمثل نصيب الزوج ستة يبغي اثنان وثلاثون ادفع اليه نصفها ستة عشر يبغي ستة عشر للورثة ، للزوج ستة والام أربعة وللأخت ستة هذا في حال الإجازة وفي الرد تجعل السهام الحاصلة للأوصياء وهي خمسة وأربعون ثلث المال فتكون المسئلة جميعها من خمسة وثلاثين .

(مسألة) (اذا خلف ثلاث بنين ووصى بمثل نصيب أحدهم الأربع المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليها سهمها تكن خمسة فهو النصيب وزد على عدد البنين واحداً واضربه في مخرج الكسر يكن ستة عشر تدفع الى الموصى له بالنصيب خمسة ويستثنى من ربع المال أربعة أقسام يبغي له سهم ولكل ابن خمسة) (المغني والشرح الكبير) (٧١) (الجزء السادس)

الثلث شيء، فهو للتبرع، وإن لم يفضل شيء، سقطت وإن لم يف الثلث بالواجب أتم من رأس المال هكذا ذكر القاضي، وقال أبو الخطاب يزاحم بالواجب أصحاب الوصايا فيحتمل أنه أراد مثل ما ذكر القاضي ويحتمل أنه أراد أن الثلث يقسم بين الوصايا كلها الواجب والتبرع بالحصص فما حصل للواجب أتم من رأس المال فيدخله الدور وتعمل بالجبر فتقول في رجل أوصى بحجة واجبة كفايتها عشرة من ثلثه ووصى بصدقة تطوع عشرة ومات فلم يخلف إلا ثلاثين فاعزل تنمة الواجب من المال وهي شيء مجهول وخذ ثلث الباقي عشرة إلا ثلث شيء، واقسمه بين الوصيين لكل واحد خمسة الأسدس شيء، اضمم الشيء الذي عزله إلى ما حصل للحجة فصار شيئاً وخمسة الأسدس شيء، يعدل عشرة وخذ من الشيء سدسه فأجبر به بعض الخمسة يبقى خمسة أسداس شيء، يعدل خمسة فالشيء إذا ستمت متى أخذت ستة من ثلاثين بقي أربعة وعشرون ثلثاً ثمانية لصاحب الصدقة نصفها أربعة وللواجب أربعة، مع الستة صار الجميع عشرة فإن كان عليه أيضاً دين خمسة، زالت تنمة الحج شيئاً وتنمة الدين نصف شيء، بقي ثلث للمال عشرة إلا نصف شيء، واقسمه بين الوصايا فيحصل للحج أربعة إلا خمس شيء، اضمم إليها تنمة بصر شيئاً وأربعة إلا خمس شيء، يعدل عشرة وبعد الجبر بصر أربعة أخماس شيء، تعدل ستة فرد على الستة ربعها سبعة ونصف يعدل شيئاً فالشيء سبعة ونصف ونصف الشيء، ثلاثة ونصف وربع وبقية المال ثمانية عشر وثلثاً ربع ثلثها ستة وربع، للدين خمسها واحد وربع إذا ضمنت إليه تنمته كل خمسة والحج اثنان ونصف تكمل به تنمة وللصدقة اثنان ونصف، وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكأله بين الوصايا بالتقسيم ما بقي من الواجب أخذه من الورثة وصاحب التبرع بالتقسيم، وفي المسئلة الأولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة، وفي المسئلة الثانية حصل للحج أربعة وربع في ستة وحصل للدين ديناران وبقي له ثلاثة فيأخذان ما بقي لهما من الورثة ثلاثة ومن صاحب التبرع ثلاثة فيأخذ صاحب الحجة من الورثة أربعة ومن صاحب التبرع دينارين ويأخذ صاحب الدين دينارين

وإن شئت خصصت كل ابن برع وقسمت الربع الباقي بينهم وبينه على أربعة فإن قال: الرابع الباقي بعد النصيب فزد على سهام البنين سهماً وربعاً واضربه في أربعة يكن سبعة عشر للوصي سهمان ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخذ مالا وتدفع منه نصيباً إلى الوصي ويستثنى منه ربع الباقي وهو ربع مال الربع نصيب صار معك مال وربع إلا نصيباً وربعاً يعدل انصباء البنين وهو ثلاثة أجبر وقابل يخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر

﴿مسئلة﴾ (فإن قال الربع الباقي بعد الوصية جعلت الخرج ثلاثة وزدت عليه واحداً صار أربعة فهو النصيب ويزيد على عدد البنين سهماً وتضربه في ثلاثة يكن ثلاثة عشر فهو المال) وإن شئت قلت المال كله ثلاثة أنصباء ووصية الوصية هي نصيب الربع الباقي بعدها وذلك ثلاثة أرباع نصيب فبقي

من الورثة وديناراً من صاحب التبرع (الثالث) ان يوصي بالواجب ويطلق فهو من رأس المال فيبدأ
 باخراجه قبل التبرعات والميراث فان كان ثم وصية تبرع فلصاحبها ثلث الباقي وهذا قول أكثر أصحاب
 الشافعي - وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله لانه إنما يملك الوصية بالثلث
 ولنا أن الحج كان واجبا من رأس المال وليس في وصيته ما يقتضي تغييره فيبقى على ما كان عليه
 كما لو لم يوص به ، وقولهم لا يملك الوصية إلا بالثلث قلنا في التبرع فأما في الواجبات فلا تنحصر في
 الثلث ولا تنقيد به (القسم الرابع) أن يوصي بالواجب ويقون الوصية بالتبرع مثل أن يقول حجوا
 عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففيه وجهان (أصحهما) أن الواجب من رأس المال لان الاقتران في الانظ
 لا يبدل على الاقتران في الحكم ولا في كونه ولقد قال الله تعالى (كلوا من ثمره اذا أثمر وأنوا حقه
 يوم حصاده) والا كل غير واجب والاياء واجب ولانه ههنا قد عطف غير الواجب عليه فكما لم
 يستويا في الوجوب لا يلزم استواؤهما في محمل الاخراج (والثاني) أنه من الثلث لانه قرن به
 ما أخرجه من الثلث

﴿ مسألة ﴾ قال (وان قال حجة بخمسمائة فما فضل فهو لمن يحج)

وجملته أنه اذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال حجة واحدة وكان فيه فضل عن قدر ما يحج
 به فهو لمن يحج لانه قصد ارفاقه بذلك فكانه صرح ، فان قال حجوا عني حجة واحدة بخمسمائة وما
 فضل منها فهو لمن يحج ثم إن عين من يحج عنه فقال يحج عني فلان بخمسمائة صرف ذلك اليه وإن لم
 يعين أحداً فلا وصي صرفها إلى من شاء. لانه فرض اليه الاجتهاد إلا أنه لا يملك صرفها إلى وارث اذا
 كان فيها فضل الا باذن الورثة ، وإن لم يكن فيها فضل جاز لانها لا محاباة فيها ثم ينظر فان كان الحج
 للموصي به تطوعا فجميع انقدر الموصى به من الثلث ، وإن كان واجبا فلزائد عن نفقة المثل معتبر من

ربع نصيب فهو الوصية وبين ان المال كله ثلاثة وربع ابطها تكن ثلاثة عشر ولهذه المسائل
 طرق سوى ما ذكرنا .

(فصل) فان قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني الا ثلث ما يبقى من الثلث فخذ مخرج ثلث
 الثلث وهو تسعة زد عليها تسعة تكن عشرة فهي النصيب وزد على أنصاء البنين سهما وثلاثاً واضرب
 ذلك في تسعة يكن تسعة وثلاثين ادفع عشرة الى الوصي واستثن منه ثلث بقية الثلث سهما يبقى له
 تسعة ولكل ابن عشرة وان قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية جعلت المال ستة وزدت عليه
 سهماً صار سبعة فهذا هو النصيب وزدت على أنصاء البنين سهماً ونصفاً وضربته في ستة يصير سبعة
 وعشرين ودفعت الى الوصي سبعة وأخذت منه نصف بقية الثلث سهماً بقي معه ستة وبقي أحد وعشرون
 لكل ابن سبعة وانما كان كذلك لان الثلث بعد الوصية هو النصف بعد النصيب وبقي أطلق الاستثناء

الثالث ، وإن لم يف الموصى به بالحج الواجب أتم من رأس المال ، وإن كان تطوعاً فإنه يحج به من حيث يبلغ على ما مضى

(فصل) وإن عين رجلاً أن يحج فأبى أن يحج بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن إنسان ثقة سواء وبصرف الباقي إلى الورثة ، ولو قال المعين اصرفوا الحجة إلى من يحج وأدفعوا الفضل إلي لأنه موصى به لي لم يصرف إليه شيء ، لأنه إنما أوصي له بالزيادة بشرط أن يحج فإذا لم يفعل لم يوجد الشرط ولم يستحق شيئاً

(مسئلة) قال (وإن قال حجوا عني حجة فما فضل رد إلى الورثة)

أما إذا أوصى بحجة ولم يذكر قدرًا من المال فإنه لا يدفع إلى من يحج إلا قدر نفقة المنزل لما ذكرناه وإن فضل فضل عن ذلك فهو قورنة وهذا ينبغي على أن الحج لا يجوز الاستئجار عليه إنما ينوب عنه فيه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج إليه فهو من مال الموصي وما بقي رده على ورثته ، وإن تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب أتمام المضي إلى الحج عنه وعلى الرواية الأخرى يجوز الاستئجار عليه فلا يستأجر الاثقة بأقل ما يمكن وما فضل فهو لمن يحج لأنه ملك ما أعطى بعقد الاجارة ، وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الاجير له فهو من ماله ويلزمه أتمام الحج ، وإن قال حجوا عني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه إلا حجة واحدة لأنه أقل ما يقع عليه الاسم فإن عين مع هذا من يحج عنه فقال يحج عني فلان فإنه يدفع إليه قدر نفقته من بلده إذا خرج من الثالث ، فإن أبى الحج إلا بزيادة تصرف إليه فينبغي أن يصرف إليه أقل قدر يمكن أن يحج به غيره ، وإن أبى الحج وكان واجبا استناب غيره بأقل ما يمكن استنابته به ، وإن كان تطوعاً احتمل بطلان الوصية لأنه عين لها جهة فإذا لم تقبلها بطلت الوصية كما لو قال بيعوا عبدتي لعلان بمائة فأبى شراءه وبمئة لم أن لا يبطال

فلم يقبل بعد النصيب ولا الوصية فشد الجمهور يحمل على ما بعد النصيب وعند محمد بن الحسن والبصريين يكون بعد الوصية

(فصل) فإن قال إلا خمس ما يبقى من المال بعد النصيب ولا آخر بثلاث ما يبقى من المال بعد وصية الأول فخذ المخرج خمسة وزد عليها خمسها تكن ستة انتقص ثلثها من أجل الوصية بالثلث يبقى أربعة فهي النصيب ثم خذ سهمًا وزد عليه خمسها وانتقص من ذلك ثلثه يبقى أربعة أخماس زدها على أنصاء البنين واضربها في خمسة تصير تسعة عشر فهي المال ادفع إلى الأول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبقى معه سهم وادفع إلى الآخر ثلث الباقي ستة يبقى اثنا عشر لسائر ابن أربعة وبالجزر خذ مالا وألق منه نصيباً واسترجع منه خمس الباقي يصير مال وخمس إلا نصيباً وخمساً الق ثلث ذلك بقي أربعة أخماس مال إلا أربعة أخماس نصيب بعدل ثلاثة أنصاء اجبر وقابل وإسقط

وبستتاب غيره لانه قصد القرية والتعيين فاذا بطل التعيين لم تبطل القرية كما لو قال يرموا عبدي لفلان وتصدقوا بثمانه فلم يقبل فلان فانه يباع لغيره ويتصدق به

(فصل) واذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حجة لم يكن للوصي الحج بنفسه نص عليه أحمد كما لو قال تصدق علي لم يخرج أن يتصدق على نفسه ، وإن قال حج عني بما شئت صح وله ماشاء إلا أن لا يخرج الورثة فله الثلث

(فصل) اذا أوصى أن يخرج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث واسعد بثلث ماله فاجاز الورثة أمضيت على ما قال الموصي وان لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لانه إنما أوصى له بالفضل ولا فضل وان رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين اسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فلعمره فان لم يفضل شيء فلا شيء لعمرو لانه إنما أوصى له بالزيادة ولا زيادة ولا تمنع المزاخمة به ولا يعطي شيئاً كولد الاب مع الاخ من الابوين في مزاخمة الجد ويحتمل أنه متى كان في الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد منهم الى نصف وصيته لان زيدا إنما استحق المائة بالاجازة فمع الرد يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا وقد ذكرنا نظير هذه المسئلة فيما تقدم فان امتنع زيد من الحج وكانت الحجة واجبة استتيب ثقة غيره في الحج بأقل ما يمكن وتام المائة لورثه ولعمرو ما فضل فان كانت الحجة تطوعاً ففي بطلان الوصية بهما وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) وان أوصى لزيد بعبد يمينه ولعمرو ببقية الثلث قوم العبد يوم موت الموصي لانه حال نفوذ الوصية ودفع الى زيد ودفع بقية الثلث الى عمرو فان لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو وان مات العبد بعد موت الموصي أو رد زيد وصيته بطلت ولم تبطل وصية عمرو وهكذا ان مات زيد قبل موت الموصي أو بعده وان مات العبد قبل موت الموصي قومنا التركة حال موت الموصي بدون

يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة، وان شئت قات أنصاء البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه يصير أربعة أنصاء ونصفاً ووصية والوصية هي نصيب الا خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس نصيب وخمس وصية يبقى خمس نصيب وعشر نصيب الا خمس وصية اجبر وقابل وابسط تصير ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر سهماً من الوصية وهي لا تتفق بالاثلاث فرداها الى وقفها تصير سهماً تعدل اربعة والوصية سهم والنصيب أربعة فابسطها تكن تسعة عشر فان كان الاستثناء بعد الوصية قات المال أربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب الا خمس الباقي وهي تسعة أعشار نصيب يبقى عشر نصيب فهو الوصية فابسط الكل اعشارا تكن الانصاء خمسة وأربعين والوصية سهم وان كان اثنتي عشر أسهم فالوصية عشر نصيب الا خمس وصية اجبر يصير العشر يعدل وصية وخمساً ابسط يصير النصيب ستين والوصية خمسة والمال كله مائتان وخمسة وسبعون الق منها ستين واسترجع منه خمس المال وهي خمسة وخمسون يبقى له خمسة والاخر ثلث الباقي تسعون ويبقى مائة وثمانون لكل

العبد ثم يقوم العبد لو كان حياً فإن بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو لعمره والابطلت وصيته ولو قال لاحد عبده أنت مدبر ثم قال لا آخر أنت مدبر في زيادة الثلث عن قيمة الاول ثم بطل تدبير الاول لرجوعه فيه أو خروجه مستحقاً أو غير ذلك فهي كالتي قبلها على ما ذكرنا

(مسئلة) قال (ومن أوصى بثلاث ماله لرجل فقتل عمداً أو خطأ وأخذت الدية فلن أوصى له بالثلث ثلث الدية في احدى الروايتين والاخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أوصى بثلاث ماله أو جزء منه مشاع فقتل الموصي وأخذت دية هل للموصي منها شيء أو لا؟ فنقل معنا عن أحمد أنه يستحق منها وروي ذلك عن علي رضي الله عنه في دية الخطأ وهو قول الحسن ومالك ونقل ابن منصور عن أحمد لا يدخل الدية في وصيته، وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول اسحاق وقال مالك في دية العمد لان الدية إنما تجب للورثة بعد موت الموصي بدليل ان سببها الموت فلا يجزى وجوبها قبله لان الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز ان تجب للميت بعد موته لانه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك؟ فلا يدخل في الوصية لان الميت إنما يرصي بجزء من ماله لا بماله ورثته ووجه الرواية الاولى أن الدية تجب للميت لانها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها ولان بدل أطرافه في حال حياته له فكذلك بدلها بعد موته ولهذا تقضي منها ديونه ويجهز منها ان كان قبل تجهيزه وانما يزول من أملاكه ما استغنى عنه فأما ما تعلقت به حاجته فلا ولانه يجزى أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فمسط فيها صيد بعد موته فإنه يملك بحيث تقضي ديونه منه ويجهز فكذلك دية لان تنفيذ وصيته من حاجته فأشبهت قضاء دينه

ابن ستون ويرجع بالاختصار الى خمسها وذلك خمسة وخمسون للموصي الاول سهم ولثاني ثمانية عشر ولكل ابن اثنا عشر وبالخير تأخذ ما لا تلقي منه نصيباً وتزيد على المال خمسة يصر ما لا وخمساً الا نصيباً الق ثلث ذلك يبقى أربعة اخماس مال الا ثلثي نصيب تعدل ثلاثة اجبر وقابل وابسط يكن المال ثمانية عشر وثلثا اضربها في ثلاثة لزول الكسر تصير خمسة وخمسين وان كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله نخذ مخرج الكسرين خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبقى ثلاثة عشر فهي النصيب وزد على انصاء البنين سهماً واضربه في المال يكن ستين وهي المال وان كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلاث المال كله فالعمل كذلك إلا أنك تزيد على سهام البنين سهماً وخمساً وتضربها تكن ثلاثة وستين فان كان استثنى خمس ما بقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهماً واحداً فصارت ستة عشر ثم نقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهي النصيب ثم زدت على سهام البنين سهماً وخمساً وضربتها في خمسة عشر تسكن ثلاثة وستين تدفع إلى الوصي الاول أحد عشر وتستثنى منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى

(فصل) فان كانت الوصية بمعين فعلى الرواية الاولى يعتبر خروجه من ثلث ماله ودينه وعلى الاخرى يعتبر خروجه من أصل ماله دون دينه لانها ليست من ماله
(فصل) وان أوصى ثم استفاد مالا قبل الموت فأكثر أهل العلم يقولون ان الوصية تعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ويعتبر ثلث الجميع هذا قول النخعي والاوزاعي ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وسواء علم أو لم يعلم وحكي عن أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك : لا يدخل في وصيته الا ما علم الا المدير فانه يدخل في كل شيء :
ولنا أنه من ماله فدخل في وصيته كالمعلوم
(مسئلة) قال (واذا وصى الى رجل ثم أوصى بعده الى آخر فها وصيان الا ان يقول قد أخرجت الاول)

معنى أوصى الى رجل أي جعل له التصرف بعد موته فيما كان له التصرف فيه من قضاء ذبونه واقتضاها ورد الودائع واستردادها وتفريق وصيته والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده والنظر لهم في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه فأما من لا ولاية له عليهم كالعقلاء الراشدين وغير أولاده من الاخوة والاعمام وسائر من عدا الاولاد فلا تصح الوصية عليهم لانه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لتأنيبه بعد المات ، ولا نعلم في هذا كله خلافاً وبه يقول مالك وأبو حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالوا للجد ولاية على ابن ابنة وان سفل لان له ولادة ونهصيباً فأشبهه الاب ولأصحاب السافعي في الام عند عدم الاب والجد وجهان (أحدهما) ان لها ولاية لانها أحد الابوين فأشبهت الاب

معه تسعة وتدفع إلى صاحب الثلث أحداً وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر فان كانت الوصية الثانية بثلث باقي المال زدت على الخمسة عشر واحداً نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية واربعين انقص منها ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهي النصيب وخذ سهمها وزد عليه خمسة ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة وأربعين تكن مائة واحداً وسبعين ومنها تصح

(فصل) إذا وصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولا آخر بثلث ما يبقى من الثلث ولا آخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة انصباء فادفع إلى الوصي الاول نصيباً وإلى الثاني والثالث درهمين بقي سبعة ونصبيان ادفع نصيبين إلى ابنين يبقى سبعة للابن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فان كانت الوصية الثالثة بدرهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون

(فصل) إذا وصى لعمه بثلث ماله وخاله بعشرة فردت وصيتهما فتحاصا الثلث وأصاب الخال

ولنا أن الجدد يدلي بواسطة فأشبهه الآخر والعم وفارق الأب فإنه يدلي بنفسه وبحجب الجدد ويخالفه في ميراثه وحجبه فلا يصح الحاقه به ولا قياسه عليه ، وأما المرأة فلا تدلي لأنها قاصرة لا تدلي بالنكاح بحال فلا تدلي مال غيرها كالعبد ولأنها لا تدلي بولاية القضاء فكذلك بالنسب إذا ثبت هذا فإنه إذا أوصى إلى رجل ثم أوصى إلى آخر فمما وصيان إلا أن يقول قد أخرجت الأول أو قد عزلته لما ذكرنا فيما إذا أوصى بمجارية لبشر ثم أوصى بها لغيره ولأنه قد وجدت الوصية إليهما من غير عزل واحد منهما فكانا وصيين كما لو أوصى إليهما دفعة واحدة فلما أن أخرج الأول العزل وكان الثاني هو الوصي كما لو عزله بعد الوصية إلى الثاني

(فصل) ويجوز أن يوصي إلى رجل بشيء دون شيء مثل أن يوصي إلى إنسان بتفريق وصيته دون غيرها أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب فلا يكون له غير ما جعل إليه ويجوز أن يوصي إلى إنسان بتفريق وصيته وإلى آخر بقضاء ديونه وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله فيكون لكل واحد منهم ما جعل إليه دون غيره . ومتى أوصى إليه بشيء لم يهرصصيا في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصير وصيا في كل ما ملكه الرصي لأن هذه ولاية تنتقل من الأب بموته فلا تتبعه كولاية الجد . ولنا أنه استناد التصرف بالأذن من جهة الآدي فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل ، وولاية الجد ممنوعة ، ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهي لا تتبعه والأذن بتبعه فانتزعا (فصل) ويجوز أن يوصي إلى رجلين معاً في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول أوصيت إلى كل واحد منكما أن يتصرف لانه جعل كل واحد منهما وصياً منفرداً وهذا يقتضي تصرفه على الانفرد وله أن يوصي إليهما ليتصرفا معهما من وليس لواحد منهما الانفرد بالتصرف ولأنه لم يجعل ذلك إليه ولم يرض بنظره وحده ، وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما

سنة فاضربها في وصيته وذلك عشرة تكن ستين واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسم خمسة عشر فهي اثلاث وإن شئت قلت قد أصاب الحال ثلاثة أخماس وصيته يجب أن يصيب العم كذلك فيبقى من الثلث خمسا وهي تعدل ما أصاب الحال فزد على ما أصاب الحال مثل نصفه وهو ثلاثة يصر تسعة وهو الذي أصاب العم ، وإن قال أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته وبقي من الثلث نصف سدس يعدل ثلاثة أرباع وصية الحال وذلك سبعة ونصف ولعم ثلاثة أمثالها اثنان وعشرون ونصف والمال كله تسعون وإن قال أصاب الحال خمس للمال فقد بقي من الثلث خمسا لعم فيكون الحاصل للحال خمسا وصيته أيضاً وذلك أربعة دنانير ووصية ولعم مثل ثلثيها ديناران وثلث والثالث كله ستة وثلثان والمال عشرون فإن كان معهما وصية بسدس المال فأصاب الحال ستة فهي ثلاثة أخماس وصيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشر

خلافاً ، وإن أطلق فقال أوصيت البكا في كذا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالك
والشافعي ، وقال أبو يوسف له ذلك لأن الوصية والولاية لا تتبع بعض فلك كل واحد منهما الانفراد بها
كالاخوين في تزويج أخيهما

وقال أبو حنيفة ومحمد يستحسن على خلاف القياس فيبيع أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء :
كفن الميت وقضاء دينه وإنفاذ وصيته ورد الوديعة بعينها وشراء ما لا بد للتصغير منه من الكسوة
والطعام وقبول المبة له والخصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه لأن هذه يشق الاجتماع عليها ويضر
تأخيرها فجاز الانفراد بها

ولنا أنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد كالوكيلين ، وما قاله أبو يوسف نقول به
فانه جعل الولاية اليهما باجماعهما فليست متبعضة كما لو وكل وكيلين أو صرح الوصيين بأن لا يتصرفا
الا مجتمعين ثم يبطل ما قاله بهاتين الصورتين ويبطل ما قاله أبو حنيفة بهما أيضاً ، وإذا تعذر اجتماعهما
أقام الحاكم أمينا مقام العائب

(فصل فيمن تصح الوصية اليه ومن لا تصح)

تصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعاً ، ولا تصح الى مجنون ولا طفل ولا
وصية مسلم الى كافر بغير خلاف نهله لأن المجنون والطفل ليسا من اهل التصرف في
اموالهم فلا يبايعان على غيرهما ، والكافر ليس من اهل الولاية على مسلم ، وتصح الوصية الى
المرأة في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن شريح ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي

يعدل ما حصل للعم وهو ستة فائلك ستون ، وإن أصاب صاحب السدس عشر المال فقد أصاب صاحب
الثلث الخمسة ببقى من الثلث أيضاً عشره فهو نصيب الحال وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة فيكون
الثالث ستين كما ذكرنا

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وصية خاله ولخاله بمثل
نصيب أحدهم الا ربع وصية عمه فاضرب خرج الثلث في خرج الربع تكن اثني عشر انقصها
شهماً يبقى احد عشر فهي نصيب ابن انقصها سهمين يبقى تسعة فهي وصية الخال ، وإن نقصتها ثلاثة فهي
ثمانية فهي وصية العم ، وبالخير تجعل مع العم أربعة دراهم ومع الخال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدراهم
ديناراً وعلى الدنانير درهماً يبلغ كل واحد منهما نصيباً اجبر وقابل وأسقط المشترك يبقى مئة ديناران
تعديل ثلاثة دراهم فاقرب وحول تصير الدراهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا ، وإن وصى لعمه بعشرة إلا

والحسن بن صالح وإسحاق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجزئه عطاء لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية للمجنون

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه أوصى إلى حفصة ، ولأنها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل وتخالف القضاء فإنه يعتبر له الكل في الحائنة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية إلى الأعمى وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أنه لا تصح الوصية إليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية وهذا لا يسلم لهم مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة والولاية في النكاح والولاية على أولاده الصغار فصحت الوصية إليه كالصبر ، وأما الصبي العاقل فلا أعلم فيه نصاً عن أحمد فيحتمل أنه لا تصح الوصية إليه لأنه ليس من أهل الشهادة والافرار ولا يصح تصرفه إلا باذن فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى ولأنه مولى عليه فلا يكون والياً كالطفل والمجنون وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله ، وقال القاضي قياس المذهب صحة الوصية إليه لأن أحمد قد نص على صحته وكالته وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وأما الكافر فلا تصح وصية مسلم إليه لأنه لا يلي على مسلم ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية إليه كالمجنون والفاسق وأما وصية الكافر إليه فإن لم يكن عدلاً في دينه لم تصح الوصية إليه لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه فم الكفر أولى ، وإن كان عدلاً في دينه ففيه وجهان (أحدهما) تصح الوصية إليه وهو قول أصحاب الرأي لأنه يلي بالنسب في الوصية كالمسلم (والثاني) لا تصح وهو قول أبي ثور لأنه فاسق فلم تصح الوصية إليه كفاسق المسلمين ، ولأصحاب الشافعي وجهان كعذين ، وأما وصية الكافر إلى المسلم فتصح إلا أن تكون تركته خمرأ أو خنزيراً ، وأما العبد فقال أبو عبد الله بن حامد تصح الوصية إليه سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره وبه قال مالك ، وقال النخعي والأوزاعي وابن شبرمة

وصية ربع خاله ولحاله بعشرة إلا خمس وصية عمه فاضرب خراج الربع في خراج الخمس تكن عشرين انقصها سهماً تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم اجعل مع الخال أربعة وانقصها سهماً يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة تكن مائة وخمسين اقسّمها على تسعة عشر تخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهماً واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين واقسمها تكن ثمانية وثمانية أجزاء فهي وصية خاله

(طريق آخر) تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقي في عشرين وتقسمها وبالجزء تجعل وصية الخال شيئاً ووصية العم عشرة إلا ربع شيء نخذ خمسها فزده على الشيء وهي سهمان إلا نصف عشر شيء تعدل عشرة فأسقط المشترك من الجانبين تصر ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءاً ، وإن وصى لعمه بعشرة إلا نصف وصية خاله ولحاله بعشرة إلا ثلث

تصح الوصية الى عبد نفسه ولا تصح الى عبد غيره ، وقال ابو حنيفة تصح الوصية الى عبد نفسه اذا لم يكن في ورثته رشيد وقال ابي يوسف ومحمد والشافعي لا تصح الوصية الى عبد بحال لانه لا يكون وليا على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلي الوصية كالمجنون

ولنا أنه يصح استنابته في الحياة فصح أن يوصى اليه كالحرق وقياسهم يبطل بالمرأة والخلاف في المكاتب والمذبر والمعتق بهضه كالحلاف في العبد القن ، وقد نص الحرقى على أن الوصية الى أم ولده جائزة ، وقد نص عليه احمد أيضا لأنها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال ، وأما الفاسق فقد روي عن احمد ما يدل على أن الوصية اليه لا تصح وهو قول مالك والشافعي ، وعن احمد ما يدل على صحة الوصية اليه فانه قال في رواية ابن منصور اذا كان متهم ما لم يخرج من يده ، وقال الحرقى اذا كان الرصي خائنا ضم اليه أمين وهذا يدل على صحة الوصية اليه ويضم الحالك اليه أمينا ، وقال ابو حنيفة تصح الوصية اليه وينفذ تصرفه ، وعلى الحالك عزله لانه بالغ عاقل فصحت الوصية اليه كالعبد ووجه الاولى أنه لا يجوز افراده بالوصية فلم تجز الوصية اليه كالمجنون وعلى ابي حنيفة لا يجوز اقراره على الوصية فأشبهه ما ذكرنا

(فصل) ويعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب كالموصية له وهو قول بعض أصحاب الشافعي ولنا أنها شروط للعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود ، فأما الوصية له فهي صحيحة وان كان وارثا وانما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثلث للنفوذ والازوم فاعتبرت حالة الازوم بخلاف مسئلتنا فانها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد ولا ينفع وجودها بعده وعلى الوجه الثاني لو كانت الشروط كلها منتفية او بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية اليه

وصية جده ولجده بعشرة إلا ربع وصية عمه فوصية عمه ستة وخمسان ووصية خاله سبعة وخمس ووصية جده ثمانية وخمسان ، وبها أن تضرب الخارج بعضها في بعض فتضرب اثنين في أربعة في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تزيدها واحداً تكن خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تقص من الاثنين واحداً وتضرب واحداً في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر ثم اضربها في عشرة تكن مائة وستين واقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ستة وخمسان فهي وصية العم وانقص الثلاثة واحداً يبقى اثنان اضربها في الاربعة تكن ثمانية زدها واحداً واضربها في اثنين في عشرة تكن مائة وثمانين اقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم سبعة وخمس وهي وصية الخال ثم انقص من الاربعة واحداً واضرب ثلاثة في اثنين ثم زدها واحداً تكن سبعة اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ثمانية وخمسان وهي وصية الجد .

(فصل) واذا قال أوصيت الى زيد فان مات فقد أوصيت إلى عمرو صح ذلك رواية واحدة ويكون كل واحد منهما وصياً الا أن عمرأ وصي بعد زيد لأن النبي ﷺ قال في جيش مؤنة « أميركم زيد فان قتل فأمركم جعفر فان قتل فأمركم عبدالله بن رواحة » والوصية في معنى التأمر وان قال أوصيت اليك فاذا كبر ابني كان وصيي صح لذلك فاذا كبر ابنه صار وصيه وعلى هذا لو قال وصيت لك فان تاب ابني عن فسقه او قدم من غيبته او صح من مرضه او اشتغل بالعلم او صالح امه او رشد فهو وصيي صحت الوصية اليه وبصير وصياً عند وجود هذه الشروط

(مسئلة) قال (واذا كان الوصي خائناً جعل معه أمين)

ظاهر هذا صحة الوصية الى الفاسق وبضم اليه أمين وكذلك إن كان عدلاً فغيرت حاله الى الخيانة لم يخرج منها وبضم اليه أمين . ونقل ابن منصور عن أحمد نحو ذلك ، قال اذا كان الوصي متعماً لم يخرج من يده . ونقل المروذي عن أحمد فيمن أوصي الى رجلين ليس أحدهما بموضع للوصية فقال للآخر اعطني لا يعطيه شيئاً ليس هذا بموضع للوصية ف قيل له أليس المريض قد رضي به ؟ فقال وإن رضي به فظاهر هذا ابطال الوصية اليه ، وحمل القاضي كلام الحرقى وكلام أحمد في ابقائه في الوصية على أن خيانه طرأت بعد الموت ، فأما إن كانت خيانه موجودة حال الوصية اليه لم تصح لانه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته فكذلك بعد موته ولان الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلها فعلى هذا اذا كان الوصي فاسقاً فحكمه حكم من لا وصي له وينظر في ماله الحاكم ، وإن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أميناً هذا اختيار القاضي وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وعلى قول الحرقى لا نزول ولايته وبضم اليه أمين ينظر معه . وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين

(طريق آخر) تجعل مع العم أربعة أشياء ومع الحال دينارين ومع الجبد ثلاثة دراهم ثم تضم إلى ماع العم ديناراً وإلى ما مع الحال درهما وتقابل ما مع أحدهما بما مع الآخر وتسقط المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل ديناراً ودرهما فأسقط لفظه الأشياء واجعل مكانها ديناراً ودرهما ثم قابل ما مع الحال بما مع الجبد بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الحال لثلاثة دراهم وربع درهم وربع دينار مع الجبد فاذا أسقطت المشترك بقي درهمان وربع معادلة لدينار وثلاثة أرباع قابسط الكل أربعاً يصير سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم قاقلب واجعل الدرهم سبعة والدينار تسعة ثم ارجع إلى ما فرضت فتجد مع العم درهما ودينارا ستة عشر ومع الحال ثمانية عشر ومع الجبد أحد وعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة وخمس والأحد وعشرون ثمانية وخمسان ، فان كان معهم أخ ووصية الجبد عشرة إلا ربع ماع الاخ ووصية الاخ عشرة إلا خمس ماع العم فهذه الطريق تجعل مع العم خمسة أشياء ومع الحال دينارين

لأنه أمكن حفظ المال بالأمين وتحصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصية فيكون جمعا بين الحقين وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه لأن حفظ المال على اليقيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد

وأما التفريق بين الفسق الطاريء وبين المقارن فبعد فإن الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدوام ولو لم يكن يد من التفريق لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى من قبل أن الفسق إذا كان موجوداً حال الوصية فقد رضى به الموصي مع علمه بحاله وأوصى إليه راضياً بتصرفه مع فسقه فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليقيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيافته في ما له بخلاف ما إذا طرأ الفسق فانه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضاه ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد جاز له التصرف وحده ، ولو وصى إلى اثنين لم يجوز لأحد التصرف

(فصل) وأما العدل الذي يعجز عن النظر لعله أو ضعف فإن الوصية تصح إليه وبضم إليه الحاكم أمينا ولا يزال يده عن المال ولا نظره لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة فصحت الوصية إليه وهكذا إن كان قويا فحدث فيه ضعف أو علة ضم الحاكم إليه يداً أخرى ويكون الأول هو الوصي دون الثاني وهذا معاون لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ولا أعلم لهما مخالفاً .

(فصل) وإذا تغيرت حال الوصي بمجنون أو كافر أو سفه زالت ولايته وصار كأنه لم يوص إليه ويرجع الأمر إلى الحاكم فيقيم أمينا ناظراً للميت في أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يتخلف وصياً ، وإن تغيرت حاله بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية فصحت الوصية إليه لأن الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم يتغير حاله ويختصم

ومع الجبد ثلاثة دراهم ومع الآخر أربعة أفلس ثم تقابل ما مع العلم بما مع الحال كما ذكرنا وتجعل الأشياء دينارا ودرهما ثم تقابل ما مع الحال بما مع الجبد فتجعل الدينارين درهمين وفلساً ثم تقابل ما مع الجبد بما مع الأخ فتخرج أفلس ستة وعشرين والدرهم أحداً وثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع العلم خمسة وسبعين ومع الحال ثمانية وثمانين ومع الجبد ثلاثة وتسعين ومع الأخ مائة وأربعة إذا زدت على ما مع كل واحد ما استثنيت منه صار معه مائة وتسعة عشر وهي العشرة الكاملة فصارت وصية العلم ستة وستة وثلاثين جزءاً ووصية الحال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ووصية الجبد سبعة وسبعة وتسعين جزءاً ووصية الأخ ثمانية وثمانين جزءاً

وبطريق الباب تضرب الخارج بعضها في بعض تكون مائة وعشرين تنقصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر فهو المقسوم عليه وتنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة زبدها واحداً وتضربها في أربعة تكون ستة عشر تنقصها واحداً وتضربها في خمسة تكون خمسة وسبعين فهذه وصية العلم تضربها في عشرة ثم

أن تبطل لان كل حالة منها حالة لقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها ، فأما ان زالت بعد الموت وانزل ثم عاد فكل الشروط لم تعد وصيته لانها زالت فلا تعود الا بعقد جديد

(فصل) ويصح قبول الوصية وردها في حياة الموصي لانها إذن في التصرف فصيح قبوله بعد العقد كالوكيل بخلاف الوصية له فانها تملك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ويجوز تأخير القبول الى ما بعد الموت لانها نوع وصية فصيح قبولها بعد الموت كالوصية له ومتى قبل صار وصيا وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته بمشهد منه وفي غيبته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز في حياته الا بحضوره لانه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الالبصاء الى غيره . وذكر ابن أبي موسى في الارشاد رواية عن أحمد ايسر له عزل نفسه بعد الموت لذلك . ولنا أنه متصرف بالأذن فكان له عزل نفسه كالوكيل

(فصل) ويجوز أن يجعل للموصي جعلا لانها بمنزلة الوكالة والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية وقد قل اسحاق بن ابراهيم في الرجل يوصي الى الرجل ويجعل له دراهم مائة فلا بأس ومقاسمة الموصي الموصى له جائزة على الورثة لانه نائب عنهم ومقاسمته للورثة على الموصي له لان يجوز لانه ليس بنائب عنه (فصل) وإذا أوصى الى رجل وأذن له أن يوصي الى من يشاء نحو ان يقول اذنت لك أن توصي الى من شئت أو كل من أوصيت اليه فقد أوصيت اليه أو فهو وصي صح وله ان يوصي الى من شاء لانه رضي باجتهاده واجتهاد من يراه فصيح كالو وصى اليهما معا وهذا قول أكثر اهل العلم وحكي عن الشافعي أنه قل في أحد القولين ليس له ان يوصي لانه يلي بتوليته فلا يصح أن يوصي كالوكيل ولنا أنه مأذون له في الاذن في التصرف فجوز له ان يأذن لغيره كالوكيل اذا أمر بالتوكيل والوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه فاما ان أوصى اليه وأطلق ولم يأذن له في الالبصاء ولانها

تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحداً وتضربها في أربعة وتزيدها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وأربعين تنقصها واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وثمانين فهذه وصية الحال ثم تنقص الاربعة واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة عشر تزيدها واحداً وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين فهذه وصية الجذ ، ثم تنقص الخمسة واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية تزيدها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحداً وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة وهي وصية الآخر ، وفي كل ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم في عشرة وتقسمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته .

(فصل) فان وصى لعمه بعشرة ونصف وصية خاله ولخاله بعشرة وثلاث وصية عمه كانت وصية العم ثمانية عشر ووصية الخال ستة عشر ، وبها أن تضرب أحد الخرجين في الآخر وتنقصه واحداً فهو المقسوم عليه وزيد مخرج النصف واحداً وتضربه في مخرج الثلث وتضربه في عشرة يكن تسعين مقسومة

عنه ففيه روايتان (أحدهما) له أن يوصى الى غيره وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري وأبي يوسف لأن الأب أقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالأب (والثانية) ليس له ذلك وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وإسحاق وهو الظاهر من مذهب الحنفي لقوله ذلك في الوكيل لأنه يتصرف بتولية فلم يكن له التفويض كالوكيل وبخالف الأب لأنه يلي بغير تولية

(مسئلة) قال (وان كانا وصيين فمات أحدهما أقيم مقام الميت أمين)

وجملة ذلك أنه يجوز للرجل الوصية الى اثنين فمضى أوصى اليهما مطلقاً لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف فان مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً لأن الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي منهما وحده ، فان أراد الحاكم رد النظر الى الباقي منهما لم يكن له ذلك ، وذكر أصحاب الشافعي وجهاً في جوازه لأن النظر لو كان له لموت الموصي عن غير وصية كان له رده الى واحد كذلك ههنا فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والامانة من جهة الحاكم

ولنا أن الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده ، وان تغيرت حالهما جميعاً بموت أو غيره فلا حاكم أن ينصب مكانهما ، وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأنه لما عدم الرعيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لاكتفى بواحد كذا ههنا ، ويفارق ما إذا كان أحدهما حياً لأن الموصي يسن أنه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا معاً (والثاني) لا يجوز أن ينصب الا اثنين لأن الموصي لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حياً ، فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات أحدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً لأن الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره

على خمسة تسكن ثمانية عشر ثم زيد مخرج الثلث واحداً وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تسكن ثمانين مقسومة على خمسة فان كان معها آخر ووصى للخال بعشرة وثلث وصية ووصى له بعشرة وربع وصية الم ضربت الخارج وتقصتها واحداً تسكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم زيد الاثنين واحداً وتضربها في ثلاثة تسكن تسعة فزدها واحداً واضربها في أربعة تسكن أربعين ثم في عشرة ثم اقسمها تخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية الم ثم تصنع في الباقي كذا كرنا تكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءاً ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء ، وان شئت بعدما علمت وصية الم فاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهي وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية الم ، ومتى عرفت مامع الواحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم . وهذا القدر من هذا الفن يكفي فان الحاجة اليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى المستول أن يوفقنا لما يرضيه وهو حسبنا ونعم الوكيل .

وان ماتا معا أو خرجا عن الوصية فللحاكم أن يقيم واحدا يتصرف وان تغيرت حال احد الوصيين تغيرت حال الآخر لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها اضعف أو علة ونحو ذلك وكانا من لكل واحد منهما التصرف منفردا فليس للحاكم أن يضم اليهما اميناً الا ان الباقي منهما يكفي الا ان يكرن الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فلا ان يقيم اميناً، وان كانا من ليس لأحدهما التصرف على الانفرد فلي الحاكم ان يقيم مقام من ضعف عنها اميناً يتصرف معه على كل حال فيصبرون ثلاثة :

(١) صوابه وليس لكل واحد منهم

الوصيان والامين معهما ولكل^(١) واحد منهم التصرف وحده (فصل) واذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال بينهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت ايديهما جميعاً لان الموصي لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه وقال مالك يجعل عند اعدلهما ، وقال أصحاب الرأي يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي الا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم انما أراد اذا كان كل واحد منهما موصى اليه على الانفرد وقال بعضهم بل هو عام فيهما

ولنا أن حافظ المال من جملة الموصى به فلم يجز لأحدهما الانفرد به كالتصرف ولانه لو جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بحفظ بعضه لجاز له أن ينفرد بالتصرف في بعضه (فصل) لا بأس بالدخول في الوصية فان الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي الى بعض فيقبلون الوصية فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى الى عمر ، وأوصى الى الزبير ستة من أصحاب رسول الله ﷺ عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف وطبيع بن الاسود وآخر وروي عن ابن عمر أنه كان وصيا لرجل ، وفي وصية ابن مسعود ان حدث بي حادث الموت من مرضي هذا أن مرجم وصيتي الى الله سبحانه ثم الى الزبير بن العوام وابنه عبد الله ولانها وكالة وأمانة

باب الموصى اليه

(نصح وصية المسلم الى كل مسلم عاقل عدل ، وإن كان عبداً أو مراهماً أو امرأة أو أم ولد) نصح الوصية الى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجماعاً فأما العبد فنصح الوصية اليه قال ابن حامد سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره وبه قال مالك ، وقال النخعي والاوزاعي وابن شبرمة نصح الوصية الى عبده ولا نصح الى عبد غيره ، وقال أبو حنيفة نصح الوصية الى عبد نفسه إذا لم يكن في ورثته رشيد وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا نصح الوصية الى عبد بحال لانه لا يكون ولياً على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلي الوصية كالمجنون

ولنا أنه نصح استنابته في الحياة فنصح أن يوصى اليه كالحرة وقياسهم يطال بالاراة والخلاف في المسكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف في العبد القن ، وأما الصبي المميز فقال القاضي قياس المذهب

فأشبهت الرديعة والوكالة في الحياة وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أرل لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلمة شيئاً، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل تحريماً للسلامة واجتناباً للخطر وقد روي حديث يدل على ذلك وهو ما روي أن النبي ﷺ قال لا يذر « أني أراك ضيفاً واني أحب لك ما أحب لنفسي فلأنا أمرن على اثنين ولا نولين مال يقيم » أخرجه مسلم . (فصل) فإن مات رجل لارضي له ولا حاكم في بلد فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع مادعت الحاجة الى بيعه، فإن صالحاً نقل عنه في رجل بارض غربة لا قاضي بها مات وخلف جواربي ومالا أتري لرجل من المسلمين بيع ذلك فقال أما المنافع والحايوان فإن اضطروا الى بيعه ولم يكن قاض فلا بأس وأما الجواربي فاحب إلي ان يتولى بيعه من حاكم من الحكام وإنما توقف عن بيع الاماء على طريق الاختيار احتياطاً لان بيعهن يتضمن اباحة فرج واجاز بيع ذلك لانه موضع ضرورة .

(فصل) وإذا أوصى اليه بتفريق مال لم يكن له أخذ شيء منه نص عليه أحمد فقال إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج اليه فلا يأكل منه شيئاً إنما أمر بتنفيذه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو ثور وأصحاب الرأي إذا قل الموصي جاءت لك ان تضم ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه وولده ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا لانه يشاركه لفظ الموصي ، ويحتمل أن ينظر الى قرائن الاحوال فإن دامت على أنه أراد أخذه منه مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف اليهم ذلك أو عادته الاخذ من مثله فله الاخذ منه والا فلا ويحتمل أن له اعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه لانه مأمور بالتفريق وقد فرق فيمن يستحق فأشبهه ماله دفع الى أجنبي .

صححة الوصية لان أحمد قد نص على صححة وكالته وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وقال شيخنا لا أعلم فيه نصاً عن أحمد فيحتمل أنه لا تصح الوصية اليه لانه ليس من أهل الشهادة والافرار ولا يصح تصرفه إلا باذن وهو مولى عليه فلم يكن من أهل الولاية كالطفل وهذا مذهب الشافعي ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) وتصح الوصية إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن شريح وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح واسحاق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجزه عطاء لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالجنون

ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أوصى الى حفصة ولاها من أهل الشهادة أشبهت الرجل ويخالف القضاء فانه يعتبر له السكال في الحلقة والاجتهاد بخلاف الوصية وتصح الوصية إلى أم الولد ، ذكره الحرقى ونص عليه أحمد لأنها تكون حرة من أصل المال عند نفوذ الوصية .

ولنا أنه تملك ملكه بالأذن فلا يجوز أن يكون قابلاً كما لو وكله في بيع سلعة لم يجزله بيعها من نفسه (فصل) وإن وصى إليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة أخرج ثلث ما في أيديهم فعنه روايتان (أحدهما) يخرج الثالث كله مما في يده نقلها أبو طالب لأن حق الموصى له متعلق بأجزاء التركة فجاز أن يدفع إليه مما في يده كما يدفع إلى بعض الورثة (والأخرى) يدفع إليه ثلث ما في يده ولا يعطيهم شيئاً مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الحارث لأن صاحب الدين إذا كان للمدين في يديه مال لم يملك استيفاءه مما في يديه كذا ههنا، ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً فلا موصي أن يخرج الثلث كله مما في يده لأنه لا فائدة في انتظار إخراجهم مما في أيديهم مع اتحاد الجنس والرواية الثانية محمولة على ما إذا كان المال أجناساً فإن الوصية تتعلق بثلث كل جنس فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لأنه معارضة لا تجوز إلا برضاهم والله أعلم .

(فصل) إذا علم الوصي أن على الميت ديناً إما بوصية الميت أو غيرها فقال أحمد لا يرضيه إلا بينة قيل له فإن كان ابن الميت بصدقه؟ قال يكون ذلك في حصة من أقر بقدر حصته وقال فيمن استودع رجلاً ألف درهم وقال إن أنا مت فادفعها إلى ابني الكبير وله ابنتان أو قال ادفعها إلى أجنبي فقال إن دفعها إلى أحد الابنتين ضمن للآخر قدر حصته وإن دفعها إلى الآخر ضمن، وأهل هذا من أحمد فيما إذا لم يصدق الورثة الوصي ولم يقرؤا فلا يقبل قوله عليهم وليس له الدفع بغير أذنه لأن قوله أقر عندي وأذن لي أثبات ولاية فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لأنه يشهد لنفسه بالولاية وقد نقل أبو داود في رجل أوصى أن لفلان علي كذا ينبغي للوصي أن ينفذه ولا يحل له أن لم ينفذ فهذه المسئلة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي أو له بينة بذلك جمعاً بين الروايتين ورواقعة للدليل قيل لأحمد فإن

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح إلى غيرهم كالطفل والمجنون ولا وصية المسلم إلى كافر بغير خلاف تعلمه) لأن المجنون والطفل ليسا أهلاً للتصرف في أموالهما فلا يباين على غيرهما والكافر ليس من أهل الولاية على المسلم ولأنه ليس من أهل الشهادة والعدالة أشبه المجنون، وأما الفاسق فقد روي عن أحمد أن الوصية إليه لا تصح، وهو قول مالك والشافعي، وعن أحمد ما يدل على صحة الوصية إليه فإنه قال في رواية ابن منصور إذا كان متها لم تخرج عن يده، وقال الحرقى إذا كان خائناً ضم إليه أمين، وهذا يدل على صحة الوصية إليه ويضم الحاكم إليه أميناً، وقال أبو حنيفة تصح الوصية إليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم دزله لأنه بالغ عاقل فصحت الوصية إليه كالمعدل

ولنا أنه لا يجوز إفراده بالوصية فلم تجز الوصية إليه كالمجنون، وعلى أبي حنيفة أنه لا يجوز إفراده على الوصية فأشبه ما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان كانوا على غير هذه الصفات ثم وجدت عند الموت فهل تصح؟ على وجهين)

علم الموصي إليه لرجل حقاً على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه إليه القاضي ليستحلفه أن مالي في يدك حق . فقال لا يحلف ويعلم القاضي بالقضية فإن أعطاه القاضي فهو أعلم فإن ادعى رجل ديناً على الميت وأقام به بينة فهل يجوز للوصي قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم فكلام أحمد يدل على روايتين

(أحدهما) قال لا يجوز لدفع إليه بدعواه إلا أن تقوم البينة بظاهر هذا أنه جوز الدفع بالبينة من غير حكم حاكم لأن البينة له حجة ، وقال في موضع آخر إلا أن ثبت ببينة عند الحاكم بذلك فأما إن صدقهم الورثة على ذلك قبل لأنه إقرار منهم على أنفسهم

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن أعتق في مرضه أو بعد موته عبيدين لا يملك غيرهما وقيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة فلم يجز الورثة أقرع بينهما ، فاز وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه وهو ثلث الجميع ، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أسداسه لأن جميع ملك الميت خمسمائة درهم وهو قيمة العبدین فضرب في ثلاثة فأخذ ثلثه خمسمائة ، فلما ان وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربناه في ثلاثة فصيرناه ستمائة فصار العتق منه خمسة أسداسه ، وكذلك يفعل في الآخر إذا وقعت عليه القرعة وكل شيء يأتي من هذا الباب فسدله أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر)

هذه المسئلة دالة على أحكام أربعة (منها) أن حكم العتق في مرض الموت حكم الوصية لا يجوز منه

يعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين ، وفي الآخر تعتبر حالة الموت حسب كالوصية له ولأن شروط الشهادة تعتبر عند ادائها لا عند تحمائها كذلك ههنا ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي .

ولنا أنها شروط العقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود فأما الوصية له فهي صحيحة ، وإن كان وارثاً وإنما يعتبر عدم الارث وخروجها من الثالث للنفوذ والازوم فاعتبرت حالة الازوم بخلاف مسئلتنا فأما شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد ولا ينفع وجودها بعده

(فصل) وتصح الوصية إلى الأعمى ، وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أن الوصية لا تصح إليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وهذا لا يسلم له مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة ، والولاية في النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية إليه كالْبصير .

الا ثلث المال إلا أن يجيزه الورثة وهذا قول جمهور الفقهاء ، وحكي عن مسروق فيمن أعتق عبده في مرض موته ولا مال له : غيره أجيزه برمته شيء جعله الله لا رده . وهذا قول شاذ يخالف الاثر والنظر فانه قد صح عن عمران بن حصين أن رجلاً من الانصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم النبي ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً . رواه مسلم وأبو داود ، ولأنه تبرع في مرض موته فأشبهه سائر العطايا والصدقات

(الثاني) أن العتق إذا كان في أكثر من واحد فلم يحلهم اثلث كلنا اثبات في واحد بالقرعة وإن كانوا جماعة كلنا العتق في بعضهم بالقرعة بدليل حديث عمران بن حصين المذكور
(الثالث) أنه إذا لم يخرج من الثلث إلا جزء من عبد عتق ذلك الجزء خاصة ورق بانيه على ما سنذكره في العتق إن شاء الله تعالى

(الرابع) اثبات القرعة ومشروعيتها بدليل حديث عمران وفعل النبي ﷺ في الأعداء الذين أقرع بينهم . فأما كيفية تكيل العتق فإن العبيد إن تساوت قيمتهم وكان لهم ثلث صحيح كسنة أعبد . قيمة كل اثنين منهم ثلث المال جعلنا كل اثنين منهم ثلثاً وأقرعنا بينهم . بينهم حرية وسهمي رق كما فعل النبي ﷺ فاللذان يقع لهما سهم الحرية يعتقان وبرق الآخرون ، وإن كان فيهم كسر كسئلة الحرقى أقرعت بين العبدین فأيهما وقعت عليه قرعة الحرية ضربت قيمته في ثلاثه أسهم فما بلغ نسبت اليه قيمة العبدین جميعاً فلهما خرج بالنسبة فهو انقدر الذي يعتق منه ففي هذه المسئلة إذا وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربتهما في ثلاثة صارت ستمائة ونسبت منها قيمة العبدین معا وهي خمس مائة تجدها خمسة أسداسها فيعتق منه خمسة أسداسه ، وإن وقعت على الآخر عتق خمسة أسداسه ونمام شرح ذلك يأتي في باب العتق إن شاء الله

﴿ مسألة ﴾ (وإذا أوصى إلى رجل وبعده إلى آخر فها وصيان إلا أن يقول قد أخرجت الاول) ونظير ذلك ما إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر ، أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فانه يكون بينهما وقد ذكرنا ذلك ، فكذلك إذا أوصى إلى رجل ثم وصى إلى آخر فانها بصيران وصيين ، كما لو وصى اليها جميعاً في حال واحدة وإن قال قد أخرجت الاول بطلت وصيته لأنه صرح بيزله فأنزل كما لو وكله ثم عزله .

﴿ مسألة ﴾ (وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه) وجملة ذلك أنه يجوز أن يوصي إلى رجلين معاً في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول أوصيت إلى كل واحد منكما وجعلت له أن يتصرف بالتصرف فان هذا يقتضي تصرف كل واحد منهما على الانفراد ، وله أن يوصي اليها ليتصرفا مجتمعين فلا يجوز لأحدهما الانفراد بالتصرف لأنه لم يجعل ذلك اليه ولم يرض بنظره وحده ولا نعلم خلافاً في هاتين الصورتين ، فان أطلق فقال

(مسئلة) قال (واذا أوصى بعبد من عبيده لرجل ولم يسم العبد كان له أحد من القردة إذا كان يخرج من الثلث والا ملك منه بقدر الثلث)

وجهة ذلك أن الوصية بغير معين كعبد من عبيده وشاة من غنمه تصح وقد ذكرنا أن الوصية بالجهول تصح فيما مضى وبه يقر مالک والثاني واستحقاق ، واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقردة وبشبه أن يكون قول اسحاق . ونقل ابن منصور أنه يعطى أحسنهم يعنى يعطيه الورثة ما أحبوا من العبد وهو قول الشافعي ، وقال مالک قولاً يقتضي أنه إذا أوصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم ، وإن كانوا أربعة فله ربعهم فانه قال إذا أوصى بعشر من ابلة وهي مائة يعطى عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك . والصحيح أنه يعطى عشرة بالعدد لانه الذي تناوله لفظه ولفظه هو المقتضى فلا يعدل عنه ولكن يعطى واحداً بالقردة لانه يستحق واحداً غير معين فليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى الفرعة كالأعتق واحد منهم ، وعلى ما نقل ابن منصور يعطيه الورثة من عبيده ما شاؤا من صحيح أو معيب جيد أو ردي ، لانه ينشأ له اسم العبد فأجزأ كل موصى له بعبد ولم يصفه إلى عبيده ، وإن لم يكن له إلا عبد واحد تعينت الوصية فيه وكذلك إن كان له عبيد فأتوا كلهم إلا واحداً تعينت الوصية فيه لمعذر تسليم الباقي ، وإن تلف رقيقه جميعهم قيل وت الموصى أو قتلوا بطلت الوصية لانها إنما تلزم بالموت ولا رقيق له حينئذ وإن نفوا بعد موته بغير تصرف من الورثة بطلت الوصية لان التركة عند الورثة غير مضمونة لانها حصلت في أيديهم بغير فعلهم وإن قتلهم قاتل فلاموصى له قيمة أحدهم مبنياً على الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة ، ولو قال أوصيت لك بعبد من عبيدي ولا عبيد له لم تصح الوصية لانه أوصى له بلا شيء ، فهو كالموصى له أوصيت لك بما في كيسى ولا شيء فيه أو بداري ولا دار له فان اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا تصح الوصية لانها

أوصيت إليه كما في كذا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالک والشافعي ، وقال أبو يوسف له ذلك لان الوصية والولاية لا تنبض فلك كل واحد منهما الانفراد بها كالأخوين في تزويج أختها وقال أبو حنيفة ومحمد يستحسن ثلثي خلاف القياس فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بثلاثة أشياء : كفن الميت ، وقضاء دينه ، وإنفاذ وصيته ، ورد الوديعة بعينها ، وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة ، والطعام ، وقبول الهبة له ، والخصومة عن الميت فيما يدعى له وعليه ، لان هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها فجاز الانفراد بها .

ولنا انه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد كالوكيلين وما قاله أبو يوسف نقول به فانه جعل الولاية اليهما باجتماعهما فليست متبعضة كما لو وكل وكيلين أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا الا مجتمعين ويبطال ما قاله بهاتين الصورتين وبهما يبطل ما قاله أبو حنيفة ايضاً ومتى تعذر اجتماعهما قام الحاكم اميناً مقام الغائب

وقعت باطلا فلم تصح ، كما لو قال أوصيت لك بما في كيسني ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئا ولان الوصية تقتضي عبداً من الموجودين لاحال الوصية : ويحتمل أن تصح كما لو وصى له بألف لا يملكه ثم ملكه أو وصى له بثلاث عبيده ثم ملك عبيداً آخرين

وقد روى ابن منصور عن احمد في رجل قال في مرضه اعطوا فلانا من كيسني مائة درهم فلم يوجد في كيسه شيء : يعطى مائة درهم فلم تبطل الوصية لانه قصد إعطاه مائة درهم وظنها في الكيس فاذا لم تكن في الكيس أعطي من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعبد من عبيده إذا لم يكن له عبيد أن يشتري له من تركته عبد ويعطى اياه

(فصل) وان وصى لرجل بعبد وصحت الوصية ويشتري له عبد أي عبد كان وإن كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاؤا ولا قرعة ههنا لانه لم يصف الرقيق إلى نفسه ولا جعله واحداً من عدد محصور فلم يستحق الموصى له أكثر من أقل من يسمى عبداً كما لو أقر له بعبد . قال القاضي : ولهم أن يعطوه ما شاؤا من ذكر أو أنثى ، والصحيح عندي انه لا يستحق الا ذكراً فان الله تعالى فرق بين العبيد والاماء بقوله تعالى (وأنكحوا الايتام منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) والمعطوف بغير المعطوف عليه ظاهر ، ولانه في العرف كذلك فانه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر . ولو وكله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة فلا تنصرف وصيته الا الى الذكر ، وان وصى له بأمة أو جارية لم يكن له إلا أنثى وليس له أن يعطيه خنثى مشكلاً لانه لا يعلم كونه ذكراً ولا أنثى ، وان وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينه دخل في وصيته الذكر والانثى والخنثى

(فصل) وان وصى له بشاة من غنمه فالحكم فيها كالحكم في الوصية بعبد من عبيده ويقع ههنا الاسم على الضأن والمعز . قال أصحابنا ويتناول الصغيرة والكبيرة والذكر والانثى لان الشاة اسم

(فصل) اذا قال اوصيت الى زيد فان مات فقد اوصيت الى عمر وصح ذلك رواية واحدة ويكون كل واحد منهما وصياً الى ان عمراً وصي بعد زيد لان النبي ﷺ قال في جيش مؤتة « اميركم زيد فان قتل فأمركم جعفر فان قتل فأمركم عبدالله بن رواحة » والوصية في معنى التأمر وكذلك ان قال اوصيت اليك فاذا كبر ابني كان وصيي صح لذلك واذا كبر ابنه صار وصيه ومثله لو قال اوصيت اليك فاذا ناب ابني من فسقه او قدم من غيبته او صح من مرضه واشتغل بالعلم أو صالح امه او رشده فهو وصيي وصحت الوصية اليه ويصير وصياً عند وجود هذه الشروط

﴿مسألة﴾ (وان مات احدهما اقام الحاكم مقامه اميناً)

قد ذكرنا ان الوصية تجوز الى اثنين وانه متى اوصى اليهما مطلقاً فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف فان مات احدهما اوجز او وجد منه ما يوجب عزله اقام الحاكم مقامه اميناً لأن الموصي لم يرص بنظر هذا الباقي وحده ، وان اراد الحاكم ان يكتب الباقي منهما لم يحز له ذلك ، وذكر اصحاب الشافعي

يتناول جميع ذلك بدليل قول النبي ﷺ « في أربعين شاة شاة » يريد الذكور والاناث والصغار والكبار . وعندي انه لا يتناول الا أنثى كبيرة الا أن يكن في بلد عرفهم يتناول ذلك ، فأما من لا يتناول عرفهم الا الاناث فان وصيته لا تتناول الا ما يسمى في عرفهم لان ظاهر حاله ارادة ما يتعارفونه ، وان وصي بكبش لم يتناول الا الذكر الكبير من الضأن ، والنيس لا يقيم الا على الذكر الكبير من المعز ، وان وصي بعشرة من الغنم يتناول عشرة من الذكور والاناث والصغار والكبار

(فصل) وان وصي بجمل لم يكن الا ذكراً وان وصي ببناة لم تكن الا أنثى ، وان قال عشرة من ابلي وقع على الذكر والانثى جميعا ، وبمحمل انه ان قال عشرة بالهاء فهو للذكور وان قال عشر فهو للاناث وكذلك في الغنم لان العدد في العشرة الى الثلاثة للذكر بالهاء وللمؤنث بغيرها قال الله تعالى (فسخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام) وان قال اعطوه بغيراً ففيه وجهان (أحدهما) هو للذكر وحده لانه في العرف اسم له وحده (والثاني) هو للذكر والانثى لانه في لسان العرب يتناولها جميعا ، تقول العرب حابت البعير تربد الناقة فالجل في لسانهم كالرجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكرة كالفتاة وكذلك القلوص والبعير كالانسان

(فصل) وان وصي له بشور فهو ذكر وان وصي ببقرة فهي أنثى . وان وصي بدابة فهي واحدة من الخيل والبغال والحمير يتناول الذكر والانثى لان الاسم في العرف يقع على جميع ذلك ، وان قرن به ما يصرفه الى أحدهما مثل ان قال دابة يقاتل عليها أو يسهم لها انصرف الى الخيل وان قال دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال لانه لا نسل لها وخرج منه الذكور كذلك ، وان وصي له بحمار فهو ذكر وان وصي بانان فهي أنثى فان وصي بحصان فهو ذكر وان وصي بفرس تناول الذكر والانثى وفي جميع ذلك اذا كان له أعداد من جنس ما وصي له به فلي قول الخرقى بكون له ذلك بالقرعة وعلى رواية ابن منصور يعطيه الورثة ماشاءوا ولا يستحق للدابة سرجا ولا للبعير رحلا الا أن يذكره في الوصية

وجهاً في جوازه لان النظر لو كان للحاكم بموت الموصي من غير وصية كان لردده الى واحد كذلك ههنا فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والامانة من جهة الحاكم

ولنا ان الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره اليه لان الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده فان تغيرت حالها جميعاً بموت او غيره فللحكم ان ينصب مكانهما، وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه لما عدم الوصيان صار الامر الى الحاكم بمنزلة من لم يوص ولو لم يوص لا كتفى بواحد كذا ههنا ، ويفارق ما اذا كان أحدهما حياً لان الموصي بين انه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما اذا ماتا (والثاني) لا يجوز لان الموصي لم يرض بواحد فلم يكتب به كما لو كان أحدهما حياً فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات أحدهما او خرج من الوصية لم يكن للحاكم ان يقيم مقامه اميناً لان الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره وان ماتا او خرجا عن الوصية

(فصل) وان وصى بكلب يباح اقتناؤه وصحت الوصية لان فيه نفعاً مباحاً وتقرأ عليه والوصية تبرع فتصح في المال وفي غير المال من الحقوق ولانه تصح هبته فتصح الوصية به كالمال ، وان كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلباً من كلابي او قال من مالي لانه لا يصح ابتداء السكب لانه لا قيمة له بخلاف الشاة ، فان كان له كلب ولا مال له سواء فيه ثلثه ، وان كان له مال سواء فقد قيل للموصى له جميع السكب وان قل المال لان قليل المال خير من السكب لكونه لا قيمة له ، وقيل للموصى له به ثلثه وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به ، وان وصى لرجل بكلابه ولا آخر بثلث ماله فللموصى له بالثلث الثلث والموصى له بالسكب ثلثها وجهاً واحداً لان ما حصل للورثة عن ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق السكب ولو وصى بثلث ماله ولم يوص بالسكب دفع اليه ثلث المال ولم يحسب بالسكب على الورثة لانها ليست بمال ، واذا قسمت السكب بين الوارث والموصى له اويين اثنين موصي لهما بهما قسمت على عددها لانها لا قيمة لها فان تشاحوا في بعضها فينبغي أن يقرع بينهم فيه ، وان وصى له بكلب والموصي كلاب يباح اخذها ككلاب الصيد والماشية والحراث فله واحد منها بالقرعة أو ما أحب الورثة على الرواية الاخرى ، وان كان له كلب يباح وكلب الهراش فله السكب المباح ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو مما ذكرنا الا أنه يجعل للموصي له بكلب ما أحب الورثة دفعه اليه ، ولا تصح الوصية بكلب الهراش ولا كلب غير السكب الثلاثة ، وفي الوصية بالجرو الصغير وجهان بناء على جواز تربيته للصيد أو الماشية وقد سبق ذكر ذلك ، ولا تصح الوصية بخنزير ولا بشيء من السباع التي لا تصالح للصطياد كالأسد والثور والذئب لانها لا منفعة فيها ولا تصح الوصية بشيء لا منفعة فيه من غيرها

فلحاحكم ان يقيم واحداً فان تغيرت حال احد الوصيين تغيراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف اوعلة او نحو ذلك او كانا ممن لسكل واحد منها التصرف منفرداً فليس للحاكم ان يضم اليهما اميناً لان الباقي منهما يكفي ، الا ان يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله ان يقيم اميناً ، وان كانا ممن ليس لاحدهما التصرف منفرداً فعلى الحاكم ان يقيم مقام من ضعف منهما اميناً يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة الوصيان والامين

﴿مسئلة﴾ (وكذلك ان فسق وعنه يضم اليه امين)

قد ذكرنا الاختلاف في صحة الوصية الى الفاسق وان كلام الخرق يدل على صحة الوصية اليه ويضم اليه امين وكذلك ان كان عدلاً ففسق ونقل ابن منصور عن احمد نحوه ذلك فقال اذا كان الوصي منهما لم يخرج عن يده ونقل المروذي عن أحمد فيمن وصى الى رجلين ليس احدهما بموضع الوصية فقال لا آخر اعطني لا يعطيه شيئاً ليس هذا بموضع للوصية قليل له اليس المريض قد رضي به ؟ فقال وان

(فصل) وإن وصى له بطل حرب صحت الوصية به لأن فيه منفعة مباحة ، وإن كان بطل لم يصح لعدم المنفعة المباحة به ، وإن كان مع ذلك إذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به أيضاً لأن منفعته في الحال معدومة فإن كان يصلح لهما جميعاً صحت الوصية به لأن المنفعة قائمة به ، وإن وصى له بطل وأطلق وله طبلان تصح الوصية بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصية إلى ما تصح الوصية به وإن كان له طبلان تصح الوصية بجميعهما فله أخذها بالقرعة أو ماشاء الورثة على اختلاف الروايتين وإن وصى بدف صحت الوصية به لأن النبي ﷺ قلوا الكحل واضربوا عليه بالدف ولا تصح الوصية بمزمار ولا طنبور ولا عود من عيدان الله لأنها محرمة وسواء كانت فيه الاوتار أو لم تكن لأنه مهياً لفعل المعصية دون غيرها فأشبه ما هو كان فيه الاوتار

(فصل) ولو أوصى له بقوس صحت الوصية فإن فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبيل وهو العربي أو قوس بمجرى أو قوس زنبور أو جرخ أو ندف أو بندق فإن لم يكن له إلا قوس واحد من هذه القوس تعينت الوصية فيه وإن كانت له هذه جميعها وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرف إلى أحدها انصرف إليه مثل أن يقول قوساً يندف به أو يتعيش به أو ما أشبه ذلك فهذا يصرفه إلى قوس الندف ، وإن قال بفروبه خرج منه قوس الندف والبندق ، وإن كان الموصى له ندافاً لإعادة له بالرمي أو بندقا لإعادة له بالرمي بشيء سواء أُرجمي بقوس غيره لا يرمي بسواء انصرفت الوصية إلى القوس الذي يدممه عادة لأن ظاهر حال الموصي أنه قصد نفعه بما جرت عادته بالاتفاق به ، وإن انتهت القرائن فاختر أبو الخطاب أن له واحداً من جميعها بالقرعة أو ما يختاره الورثة لأن اللفظ يتناول جميعها والصحيح أن وصيته لا تدارك قوس الندف ولا البندق ولا العربية في بلد لإعادة لهم بالرمي بها وهذا مذهب الشافعي إلا أنه لا يذكر العربية ويكره له واحد مما هذه لأن هذه لا يطلق عليها

رضي به فظاهر هذا إبطال الوصية إليه وحمل القاضي كلام الخرق في كلام أحمد على إبقاء في الوصية على أن جنائته طرأت بعد الموت : فأما أن كانت جنائته موجودة حال الوصية إليه لم يصح لأنه لا يجوز تولية الخائن على يمين في حياته فكذلك بعده وماله لأن الوصية ولاية وإمانة والفاسق ليس من أهلها فإلى هذا إذا كان الموصي فاسقاً فحكمه حكم من لا وصي له وينظر في ماله الحاكم وإن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أميناً هذا اختيار القاضي وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق وعلى قول الخرق لا تزول ولايته ويضم إليه أمين ينظر معه روي ذلك عن الحسن وابن سيرين لأنه يمكن حفظ المال بالأمين وتحصيل نظر الموصي بإبقائه في الوصية فيكون جمعاً بين الحقين فأما أن لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد وأما التفريق بين الفسق الطاريء والمقارن فبعيد فإن الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما إذا كانت لمعنى (المغني والشرح الكبير) (٧٤) (الجزء السادس)

اسم القوس في العادة بين غير أهلها حتى يصفها فيقول : قوس القطن او الذدف او قوس البندق ، وأما العربية فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطر ببال المرعي غالباً ويعطي القوس معمولاً بها لأنها لا تسمى قوساً الا كذلك ولا يستحق وترها لان الاسم يقع على هادونه وفيه وجه آخر أنه يعطاها بوترها لأنها لا ينتفع بها الا به فكان كجزء من أجزائها

(فصل) وان وصى له بعود وله عود لم هو وغيره لم تصح الوصية لان اطلاقها ينصرف إلى عود اللهو ولا تصلح الوصية به لعدم النفع المباح فيه وان لم يكن له إلا عيدان قسي أو عود يتبحر به أو غيره من العيدان المباحة صحت الوصية وانصرفت اليها لعدم غيرها وتعيينها مع إباحتها وان وصى له بجرة فيها خمر صحت الوصية بالجرة وبطلت في الخمر لان في الجرة قطعاً مباحاً والخمر لا تقع فيه مباح فصحت الوصية بما فيه المنفعة المباحة كالألو وصى له بخمر وخل وان وصى له بخمر في جرة لم تصح لان الذي أضاف الوصية اليه الخمر ولا تصح الوصية به

﴿مسألة﴾ (قال واذا أوصى له بشيء بعينه فتألف بعد موصى الموصي لم يكن للموصى له شيء وان تلف المال كله الا الموصى به فهو للموصى له

اجمع أهل العلم ممن علمنا قوله على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي أو بعده فلا شيء للموصى له كذلك حكاه ابن المنذر فقال اجمع من أحفظ عنه من أهل العلم على ان الرجل اذا اوصى له بشيء فملك ذلك الشيء ان لا شيء له في سائر مال الميت وذلك لان الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بعينه وقد ذهب فذهب حقه كما لو تلف في يده والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم لانها حصلت في ايديهم بغير فعلهم ولا تعريضهم فلم يضمنوا شيئاً، وان تلف المال كله سواء فهو للموصى له لان حق الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له وذلك يملك أخذه بغير رضاهم واذنهم فكان

بحاجة اليه في الدوام واذا لم يكن بدمن التفريق فاعتبار العدالة في الدوام اولى من قبل ان الفسق اذا كان موجود حال الوصية فقد رضي به الموصي مع علمه بحاله واوصى اليه راضياً بتصرفه مع فسقه فيشعر ذلك بأنه علم ان عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنه من التفريط فيه وخيائته في ماله بخلاف ما اذا طرأ الفسق فانه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضائه الآتري انه اذا وصى الى واحد جاز له التصرف وحده ولو وصى الى اثنين لم يحجز للواحد ان تصرف

(فصل) اذا تغيرت حال الموصى اليه بموت او فسق او جنون او سفه فقد ذكرنا حكمه ، فان تغيرت حاله قبل الموت وبعد الوصية ثم ماد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية صحت الوصية اليه لان الشروط موجودة حال العقد والموت صحت الوصية كما لو لم يتغير حاله ويحتمل ان تبطل لان كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها فأما ان زالت بعد الموت فانزل ثم عاد فشكل الشروط لم تعد وصية لانها زالت فلا تعود الا بعقد جديد

حقه فيه دون سائر المال وحقوقهم في سائر المال دونه فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه كما لو كان التلف بعد ان اخذه الموصى له وقبضه وكالورثة إذا اقتسموا ثم تلف نصيب احدهم قال احمد فيمن خلف مائتي دينار وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فسرق الدنانير بعد الموت فالعبد للموصى له به .

(فصل) وان وصى له بمدين فاستحق بعضه او هلك فله ما بقي منه ان حمله الثلث وان وصى له بثلاث عبد أو ثلث دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصى له وهو قول الشافعي واصحاب الرأي لان الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئاً معيناً ، وان وصى له بثلاثة أعبد فهلك عبدان أو استحقا فليس له إلا ثلث الباقي وبه قال الشافعي واصحاب الرأي لانه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلاثة وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه

(مسئلة) (قال ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زماناً قوم وقت الموت لا وقت الاخذ)

وجماته ان الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث أو عدم خروجها بحالة الموت لانها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهو قول الشافعي واصحاب الرأي ولا اعلم فيه خلافاً فينظر فان كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة أو دونه نفذت الوصية واستحقه الموصى له كله فان زادت قيمته حتى صار معادلاً لسائر المال أو أكثر منه أو هلك المال كله سواء فهو للموصى له لاشيء الورثة فيه فان كان حين الموت زائداً عن الثلث فلم يوصى له منه قدر ثلث المال فان كان نصف المال فلم يوصى له ثلثه وان كان ثلثه فلم يوصى له نصفه وان كان نصف المال وبثلثه فلم يوصى له خمساه فان نقص بعد ذلك أو زاد أو نقص سائر المال أو زاد فليس للموصى له سوى ما كان له حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى

(فصل) فأما العدل الذي يعجز عن النظر لعله أو ضعف فان الوصية تصح اليه ويضم الحاكم اليه اميناً ولا يزيل يده عن المال ولا نظره لان الضعيف اهل للولاية والامانة فصحت الوصية اليه وهكذا ان كان قويا فحدث فيه ضعف او علة ضم الحاكم اليه بدأ أخرى ويكون الاول الوصي دون الثاني وهذا معاون لان ولاية الحاكم انما تكون عند عدم الموصى اليه وهذا قول الشافعي وأبي يوسف وما نعلم فيه مخالفاً **(مسئلة)** (ويصح قبوله للوصية ورده في حياة الموصى) لانه اذن في التصرف فصح قبوله بعد العقد كالتوكيل بخلاف الوصية له فلها تمليك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ويجوز تأخير اقبول الى ما بعد الموت لانها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ومتى قتل صار وصياً

(مسئلة) (وله عزل نفسه متى شاء) مع القدرة والعجز في حياة الموصى وبعد موته في حضوره وغيبته وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة لا يجوز له ذلك بعد الموت ولا يجوز في حياته الا بحضرته لانه غره بالانزام وصيته ومنعه بذلك الإيضاء الى غيره وعن احمد انه لا يجوز له عزل نفسه بعد الموت ذكره

له كله، وإن كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثا لأنها ثلث المال فإن نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثة شيئا إلا أن يحيز الورثة، وإن كانت قيمته أربع مائة فللموصى له نصفه لا يزداد حقه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد أو نقص المال أو زاد (فصل) والعطايا في مرضه يعتبر خروجها من الثلث حين الموت نقل صالح بن أحمد عن أبيه فيمن له ألف درهم وعبد قيمته ألف فأعتق العبد في مرض موته وانفق الدراهم عتق من العبد ثلثة فأعتبر ماله حين الموت من العبد لا فيما قبله فلما لم يكن له حين الموت إلا العبد لم يعتق منه إلا ثلثه ولو لم يتلف إلا ألف لعتق منه ثلثا، ولو زاد ماله قبل موته حتى بلغ الفين لعتق العبد كله لخروجه من الثلث وإن كسب العبد شيئا كان كسبه بينه وبين الورثة على قدر ما فيه من الحرية والرق ويدخله الدور وقد ذكرنا ذلك فيما مضى وإن تلف من التركة شيء بفعل مضمون على الورثة حسب عليهم من التركة (فصل) وإن وصى بمعين حاضر وسائر ماله دين أو غائب فليس للوصي أخذ المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء الدين لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله وظاهر كلام الحرقي أن للوصي ثلث المعين ذكره في المدبر وقيل لا يدفع إليه شيء لأن الورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم يحصل للورثة مثله ولم يحصل لهم شيء وهذا وجه لأصحاب الشافعي والصحيح أن له الثلث لأن حقه فيه مستقر فوجب تسليمه إليه لعدم الفائدة في وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ولأنه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين إلى الوصي وليس تلف المال سببا لاستحقاق الوصية وتسليمها ولا يمنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وإن لم ينتفع الورثة بشيء كما لو أبرأ معسرا من دين عليه وقال مالك بخير الورثة بين دفع العين الموصى بها وبين جعل وصيته بثلث المال لأن الموصي كان له أن يوصي بثلث ماله فعدل إلى المعين وليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة

ابن أبي موسى في الارشاد لما ذكرنا: ولنا انه متصرف بالآن فكان له عزل نفسه كالوكيل (مسئلة) (وللموصي عزله متى شاء) لأنه متصرف بأذنه فكان له عزله كالوكيل له عزل وكيله متى شاء (مسئلة) (وليس للوصي أن يوصي إلا أن يجعل ذلك إليه وعنه له ذلك) وجملة ذلك انه اذا وصى إلى رجل وأذن له في الإيضاء لمن شاء نحو أن يقول أذنت لك إلى أن توصي إلى من شئت أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه أو فهو وصيي صح وبه قال أكثر أهل العلم وحكى عن الشافعي في أحد قوله انه قال ليس له أن يوصي لأنه يلي بتوليته فلا يصح أن يوصي كالوكيل ولنا انه ماذون له في الأذن في التصرف فجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل اذا أمر بالتوكيل قالوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه فإن وصى إليه وأطلق فلم يأذن له ولم ينه عنه ففيه روايتان (أحدهما) له أن يوصي إلى غيره وهو قول مالك وإبي حنيفة وإبي يوسف لأن الأب اقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالأب والثاني ليس له ذلك اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي وإسحاق وهو الظاهر من قول الحرقي

(المفني والشرح الكبير) إذا كان الدين مثل العين فوصى لرجل بذلك فلا شيء له قبل استيفاء الوصية ٥٨٩

على تقدير تلف الباقي قبل وصوله الى الورثة فيقال للورثة ان رضىم بذلك وإلا فعودوا الى ما كان له أن يوصى به وهو الثلث

ولنا أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لاجنبى فوقع لازماً كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح لان جعل حقه في قدر الثلث اشاعة وابطال لما عينه فلا يجوز اسقاط ما عينه الموصى للموصى له ونقل حقه الى ما لم يوص به كما لو وصى له بمشاع لم يحز نقله الى معين وكما لو كان المال كله حاضراً أو غائباً اذا ثبت هذا فان للموصى له ثلث المعين الحاضر وكما اقتضى من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فلموصى له بقدر ثلثه من الموصى به كذلك حتى يكمل للموصى له الثلث أو يأخذ المعين كله، فلو خلف تسعة عيناً وعشرين ديناً وابناً ووصى بالتسعة لرجل فللموصى ثلثها ثلاثة وكما اقتضى من الدين شيء فللموصى ثلثه فاذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضى ثمانية عشر فيكمل له التسعة ، وان جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ولو كان الدين تسعة فان الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الموصى ثلثها ويبقى ثلثها موقوفاً كما استوفي من الدين شيء فلموصى من العين قدر ثلثه فاذا استوفي الدين كله كمل للموصى له ستة وهي ثلث الجميع وان كانت الوصية بنصف العين أخذ الموصى ثلثها وأخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً حتى اقتضى من الدين مثليه كملت الوصية .

(فصل) فان كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفاء الوصية فكما اقتضى منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثه وهذا أحد قولى الشافعي وقال في الاخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفي وصيته وهذا قول أهل العراق لان ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر ولنا أن الورثة شركاؤه في الدين وليس معهم شركة في العين فلا يختص بما خرج منه دونهم كما

لقوله ذلك في التوكيل لانه تصرف بتولييه فلم يكن له ذلك التفويض كالوكيل ويخاف الاب لانه يلي غير تولى (فصل) ويجوز أن يجعل للموصى جملاً لانها بمنزلة الوكالة والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية ، ونقل اسحاق بن ابراهيم في الرجل يوصى الى الرجل ويجعل له دراهماً مساةً فلا بأس ومقاسمة الموصى الموصى له جائزة على الورثة لانه نائب عنهم ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز لانه ليس نائباً عنه (فصل) اذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً لان الموصى لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه وقال مالك يجعل عند أعدلهما وقال أصحاب الرأي يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم إنما أراد اذا كان كل واحد موصى اليه منفرداً وقال بعضهم بل هو عام فيهما .

ولنا ان حفظ المال من جملة الموصى به فلم يحز لاحدهما الاقتراد به كالتصرف ولانه لو جاز لكل

لو كان شريك في الدين وصياً آخر أو كما لو وصى لرجل بالعين وله ولا آخر بالدين فإن المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له دون صاحبه كذا هنا .

(فصل) ولو وصى لرجل ثلث ماله وله مائتان ديناً وعبد يساوي مائة ووصى لآخر ثلث العبد اقتسما ثلث العبد نصفين وكلما اقتضى من الدين شيء فله الموصى له ثلث المال ربعه وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفي بينهما نصفين فإذا استوفي الدين كله لكل اللوصين نصف العبد ولصاحب الثلث ربع المائتين وذلك هو ثلث المال وإن استوفي الدين قبل القسمة قسمنا بينهما كذلك للموصى له بالثلث ربع المائتين وربع العبد والموصى له بثلث العبد ربعه لأن الوصيتين أربعة اتساع المال والجائز منهما ثلث المال وهو ثلاثة اتساع وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما فرددنا كل واحد منهما إلى ثلثه أرباع وصيته وهي ربع المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه وفي المسئلة أقوال سوى ما قلناه تركناها لطولها وهذا أسدها إن شاء الله لا أننا أدخلنا النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية وكلنا لهما الثلث وإن أجيز لهما أخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر

(فصل) وإن خلف ابنين وترك عشرة عينا وعشرة ديناً على أحد ابنيه وهو معسر ووصى لأجنبي بثلث ماله فإن الوصي والإبن الذي لا دين عليه يقتسمان العشرة العين نصفين ويسقط عن المدين ثلثا دينه ويبقى لهما عليه ثلثه فإن كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينهما أخماساً للموصي خدسها وأربعة للإبن ستة وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه وبقي عليه ربعه فإذا استوفي قسم بينهما أخماساً كما قسم العين لأن الوصية بالربع وهو ثمان ويتبقى ستة أثمان لكل ابن ثلاثة أثمان فنصار نصيب الوصي والإبن الذي لا دين

واحد منهما أن يفرد بحفظ بعضه لجاز له أن يفرد بالتصرف في بعضه

(مسئلة) (ولا تصح الوصية إلا في معلوم يملك الموصي فعله كقضاء الدين وتفريق الوصية والنظر في أمر الأطفال) لأن الوصي يتصرف بالأذن فلم يجز إلا في معلوم يملك الموصي فعله كالوكالة فيجوز أن يوصي إليه بقضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واستردادها لأنه يملك ذلك فذلك وصية فأما انظر لورثته في أموالهم فإن كان ذا ولاية عليهم كأولاده الصغار والمجانين ومن لم يؤنس رشده فله أن يوصي إلى من ينظر لهم في أموالهم بحفظها ويتصرف لهم فيها بما لهم الحظ فيه، فأما من لا ولاية له عليهم كالغفلاء الراشدين وغير أولاده من الأخوة والأعمام وسائر من عدا الأولاد فلا تصح الوصية عليهم لأنه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لثبته بعد المات ولا نعلم في هذا كله خلافاً وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ومالك إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالوا لا يجد ولاية على ابن ابنة وإن سفل لأن له ولادة وتصبياً فأشبه الأب ولأصحاب الشافعي في الأم عند عدم الأب والجدة (أحدهما) لها ولاية لأنها أحد الإبنين فأشبهت الأب

عليه خمسة اثمان للابن ثلاثة وللوصي سهمان فذلك قسمنا العين وما حصل لها من الدين بينهما اخماساً وسقط عن المدين ثلاثة ارباع ما عليه لانه له ثلاثة اثمان وهي ثلاثة ارباع النصف الذي عليه

(فصل) ونماء العين الموصى بها ان كان متصلاً كالسمن وتعلم صنعة فهو تابع للعين ويكون الموصى له اذا احتمله الثلث، وان كان منفصلاً كالولد والثمره في حياة الموصي فهو له يصير الى ورثته لانه ملكه وما حدث بعد الموت وقبل القبول فينبني على الملك في الموصي له والصحيح انه للورثة والاخر هو الموصى له فيكون النماء لمن الملك له والله أعلم بالصواب

(مسئلة) قال (واذا اوصى بوصايا فيها عتاة فلم يف الثلث بالكل تحاصوافي الثلث وادخل انتقص على كل واحد منهم بقدر ما له في الوصية)

اما اذا خلت الوصايا من التقى وتجاوزت الثلث ورد الورثة الزيادة فان الثلث يقسم بين الموصي لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد بقدر ماله من الوصية على مثال مسائل العول اذا زادت الفروض عن المال فلو وصى لرجل بثلث ماله ولاخر بمائة ولاخر بمعين قيمته خمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلها فوجدتها ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فتجده ثلثها فتعطى كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك لصاحب المائة ويرجم صاحب الخمسين الى ثلثها وفداء الاسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان فأما ان كان فيها عتق فمن احمد فيها روايتان (احدهما) ان يقسم الثلث بين جميع الوصايا بالتق وغيره سواء ويقسم بينهم على ما ذكرنا وهذا قول ابن سيرين والشعبي وابي ثور لانهم تساوا في سبب الاستحقاق فتساوا فيه كسائر الوصايا والرواية الثانية يقدم العتق ويبدأ به فان فضل منه شيء قسم بين سائر اهل الوصايا على قدر وصاياهم

ولنا ان الجسد يدلي بواسطة أشبه الأخ والعلم بخلاف الاب فانه يدلي بنفسه وبحجب الجسد ويخالفه في منزلته وحجبه فلا يصح إلحاقه به ولا قياسه عليه واما المرأة فلا تلي لانها قاصرة لا تلي النكاح بحال ولا تلي مال غيرها كالعبد

(مسئلة) (واذا وصى اليه في شيء لم يصر وصياً في غيره)

يجوز أن يوصى إلى رجل بشيء دون شيء مثل أن يوصي اليه بتفريق ثلثه دون غيره أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب فلا يكون له غير ما جعل اليه ويجوز أن يوصى إلى إنسان بتفريق وصيته وإلى آخر بقضاء ديونه وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله فيكون لكل واحد ما جعل اليه دون غيره ومتى أوصى اليه بشيء لم يصر وصياً في غيره ، بهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يكون وصياً في كل ما يملكه الموصي لان هذه ولاية تنتقل من الأب بموته فلا تتبع كولاية الجدة

ولنا أنه استفاد التصرف بالاذن من جهة الآدمي فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل وولاية الجدة ممنوعة ثم تلك ولاية استفادها بقرايته وهي لا تتبع والاذن يتبع فافتقرا

وروي هذا عن عمر وبه يقول شريح ومسروق وعطاء الخراساني وقادة والزهري ومالك والثوري واسحاق لان فيه حقاً لله تعالى وحقاً لآدمي فكان آكد ولانه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره ذلك ولانه اقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين (فصل) والعطايا المعلقة بالموت كقوله اذا مت فاعطوا فلانا كذا أو أعتقوا فلانا ونحوه وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا في التسوية بين مقدمها ومؤخرها والخلاف في تقديم العتق منها بخلاف العطايا المنجزة فانه يقدم الاول منها فالاول لانها تلزم بالفعل والمؤخرة تلزم بالموت فتساوى كلها

(فصل) واذا وصى بعق عبده لزم الوارث اعاقته فان ابى اجبره الحاكم عليه لانه حق وجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية فان اعاقه الوارث او الحاكم فهو حر من حين اعاقته لانه حينئذ عتق وولاؤه للموصي لانه السبب وهؤلاء نواب عنه ولهذا لزمهم اعاقته كرها وان كانت الوصية بعقه الى غير الوارث كان الاعناق اليه لانه نائب الموصي في اعاقته فلم يملك ذلك غيره اذا لم يتمتع منه كالوكيل في الحياة (مسألة) قال (ومن وصى بفرس في سبيل الله والف درهم تنفق عليه فمات الفرس

كانت الالف للورثة وان انفق بعضها رد الباقي الى الورثة)

انما كان كذلك لانه عين للوصية جهة فاذا قامت عاد الموصى به الى الورثة كما لو وصى بشراء عبد زيد يعق فمات العبد او لم يبعه سيده ، وان انفق بعض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصية في الباقي كما لو وصى بشراء عبيدين فمات احدهما قبل شرائه قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يسئل عن رجل وصى بألف درهم في السبيل أيجعل في الحج منها شيء ؟ فقال لا انما يعرف الناس السبيل الفزو (فصل) واذا قال بخدم عبيدي فلانا سنة ثم هو حر صحت الوصية فان قال الموصى له بالخدمة

(فصل) ولا بأس بالدخول في الوصية فان الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي الى بعض فيقبلون الوصية فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر القرات أوصى إلى عمرو وأوصى إلى الزبير ستة من أصحاب النبي ﷺ عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف ومطيع بن الاسود وآخر وروي عن ابن عمر أنه كان وصياً لرجل ، وفي وصية ابن مسعود : ان حدث بي حادث الموت من مرضي هذا ان مرجم وصيتي الى الله عز وجل ثم الى الزبير بن العوام وابن عبد الله ولانها وكالة وأمانة فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة وقياس مذهب أحمد ان ترك الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً ولذلك يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل طلباً للسلامة واجتنباً للخطر وقد روي أن النبي ﷺ قال لا بي ذرأني اراك ضعيفا واني أحب لك ما أحب لنفسي فلا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم » أخرجه مسلم

(فصل) فان مات رجل لاوصي له ولا حاكم في بلده فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه يجوز لرجل

لا قبل الوصية أو قال قد وهبت الخدمة له لم يعتق في الحال وبهذا قال الشافعي، وقال مالك إن وهب الخدمة للعبد عتق في الحال

ولنا أنه أرقم العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصية .

(فصل) وإذا أوصى لعمه بثلث ماله ولخاله بعشرة فردت وصيتهما فتحاصا في الثلث فأصاب الخال ستة فاضرب الذي أصابه في وصيته وذلك ستة في عشرة تكن ستين واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسم خمسة عشر فهي الثلث، وإن شئت قلت قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته يبقى من الثلث خمسه وهي تعدل ما أصاب الخال فرد على ما أصاب الخال مثل نصفه وهو ثلثه يصير تسعة فهي للذي أصاب العم ، وإن قال أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته وبقي من الثلث نصف سدس يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال وذلك سبعة ونصف ولعم ثلاثة أمثاله اثنان وعشرون ونصف والمال كله تسعون ، وإن قال أصاب الخال خمس المال فقد بقي من الثلث خمسه للعم فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضا وذلك أربعة دنائير ووصية العم مثل ثلثها ديناران وثلثان والثلث كله ستة وثمانون والمال كله عشرون فإن كان معهما وصية بسدس المال وأصاب الخال ستة فهي ثلاثة أخماس وصيته فلكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشرة تعدل ما حصل للعم وهو ستة فأنثلث ستون ، وإن أصاب صاحب السدس عشر المال فقد أصاب صاحب الثلث خمسة يبقى من الثلث أيضا عشرة فهو وصية الخال وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة فيكون الثلث ستين كما ذكرنا . نوع آخر خلف ثلاثة بنين ووصي لعمه بمثل نصيب أحدهم الا ثلث وصية خاله ولخاله بمثل نصيب أحدهم الا ربع وصية عمه فاضرب عمه بثلث في يخرج الربع يكن اثني عشر انقصها سهمها يبقى أحد عشر فهي نصيب ابن انقصها سهمين يبقى تسعة فهي

من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع ما دعت الحاجة الى بيعه فإن صالحا نقل عنه في رجل بارض عربية لا قاضي بها مات وخلف جوارى ومالا اترى لرجل من المسلمين بيع ذلك؟ نقال اما المنافع والحيوان فان اضطروا الي بيعه ولم يكن قاض فلا بأس واما الجوارى فأحب أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام وانما توقف عن يسم الاماء على طريق الاختيار احتياطاً لان بيعهن يتضمن لإباحة فرج وأجازيع ذلك لانه موضع ضرورة

(مسئلة) (وإذا أوصى اليه بفرقة ثلثه فأبى الورثة اخراج ثلث ما في أيديهم ففيه روايتان) (أحداها) يخرج الثلث كله مما في يده نقلها أبو طالب لان حق الموصى له متعلق باجزاء التركة فجاز أن يدفع اليه مما في يده كما يدفع الى بعض الورثة (والاخرى) يدفع اليه ثلث ما في يده ولا يعطيه شيئاً مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الخارث لان صاحب الدين اذا كان في يده مال لم يملك استيفاءه مما في يده كذا هنا ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية (المغني والشرح الكبير) (٧٥) (الجزء السادس)

وصية الخال وإن نقصتها ثلاثة بقي ثمانية فهي وصية العم والجبر تحمل مع العم أربعة دراهم ومع الخال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدرام ديناراً وعلى الدنانير درهما يبلغ كل واحد منهما نصيباً اجبر وقابل وأسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم قاقب وحول نصير الدرام ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا : وإن أوصى لعمه بعشرة الأربعة وصية خاله والحالة بعشرة الأربعة وصية عمه فاضرب مخرج الربع في مخرج الخمس يكن عشرين انقصها سهماً تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم اجعل مع الخال أربعة وانقصها سهماً يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة يكن مائة وخمسين اقسمها على تسعة عشر يخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهماً واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين واقسمها تكن ثمانية وثمانية أجزاء فهي وصية خاله

(طريق آخر) تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقي في عشرين وتقسمها بالجبر تجعل وصية الخال ستاً ووصية العم عشرة الأربعة شيء فخذ خمسها فزده على الشيء وهو سهمان لا نصف عشر شيء بعداً عشرة فأسقط المشترك من الجانبين نصير ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءاً وإن وصى لعمه بعشرة لا نصف وصية خاله والحالة بعشرة الأربعة وصية عمه فاضرب مخرج الربع في مخرج الخمس يكن عشرين انقصها سهماً تكن تسعة عشر وهي المقسوم عليه ثم اجعل مع الخال أربعة وانقصها سهماً يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة يكن مائة وخمسين واقسمها تكن ثمانية وثمانية أجزاء فهي وصية خاله

الاولى محمولة على ما اذا كان المال جنساً واحداً فلا وصي أن يخرج الثلث كله مما في يده لانه لا فائدة في انتظار اخراجهم مما في أيديهم مع اتحاد الجنس (والرواية الثانية) محمولة على ما اذا كان المال أجناساً فان الوصية تتعلق بثلث كل جنس فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لانه معاوضة لا تجوز الا برضاهم والله أعلم

(مسئلة) (وان أوصاه بقضاء دين معين فأبى الورثة ذلك قضاء بغير علمهم)

لانه واجب سواء رضوا به أو أبوه فاذا أبوه قضاء كما لو وصى لرجل بمعين يخرج من الثلث فلم يقبلوا الوصية فانه يدفع اليه وصيته بغير رضاهم ولا يعتبر علمهم كذا ههنا وعن أحمد فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين أنه يقضي دين الميت ان لم يخف بيعه يعني اذا خاف أن يطلبه الورثة بما عليه وينكروا الدين الذي على موروثهم فلا يقضيه لانه لا يأمن رجوعهم عليه وان لم يخف ذلك قضى دين الميت الذي عليه بدین الميت الذي له لما فيه من تبرئة ذمته وذمة الميت

واقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ستة وخمسان فهي وصية المم وانقص الثلاثة واحد يبقى
اثنان اضربها في الاربعة تكن ثمانية زدها واحد او اضربها في اثنين ثم في عشرة تكن مائة وثمانين
واقسمها على خمسة وعشرين ثم انقص من الاربعة واحدا واضرب ثلاثة في اثنين ثم زدها واحدا تكن سبعة
اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين

(طريق آخر) نجعل مع المم أربعة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم
ثم نضم الى مامع المم ديناراً أو الى مامع الخال درهماً وتقابل مامع أحدهما بما مع الآخر وتسقط
المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل ديناراً ودرهماً فاسقط لفظة الاشياء واجعل مكانها ديناراً أو درهماً
ثم قابل ما مع الخال بما مع الجد بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الخال ثلاثة دراهم وربيع درهم
وربيع دينار مع الجد فانما اسقطت المشترك بقي درهماً وربيع معادلة للدينار وثلاثة أرباع قابسط
الكل أرباعاً تصير سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم فاقب واجعل الدراهم سبعة
والدينار تسعة ثم ارجع الى ما فرضت فتجد مع المم درهماً وديناراً بستة عشر ومع الخال ثمانية عشر
ومع الجد أحد وعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة
وخمس والاحد وعشرون ثمانية وخمسان فان كان معهم أخ ووصية الجد عشرة اربع مامع الاخ ووصية
الاخ عشرة إلا خمس مامع المم فهذه الطريق نجعل مع المم خمسة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد
ثلاثة دراهم ومع الاخ أربعة أفلس ثم تقابل مامع المم بما مع الخال كما ذكرنا ونجعل الاشياء ديناراً ودماً
ثم تقابل ما مع الخال بما مع الجد فتجعل الدينارين درهين وفلساً ثم تقابل ما مع الجد بما مع الاخ
فتخرج الفلس ستة وعشرين والدرهم احداً وثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع المم خمسة وسبعين
ومع الخال ثمانية وثمانين ومع الجد ثلاثة وتسعون ومع الاخ مائة وأربعة ، اذا زدت على ما مع كل
واحد ما استثنيت منه صار معه مائة وتسع عشرة وهي العشرة الكاملة فصارت وصية المم ستة وستة

(فصل) إذا علم الموصي اليه أن على الميت ديناً إما بوصية الميت أو غيرها فقال أحد لا يقضيه
إلا بيته قيل له فان كان ابن الميت يصدق له قال يكون ذلك في حصة من أقر بقدر حصته، وقال في من
استودع رجلاً ألف درهم فقال ان أنا مت فادفعها الى ابني الكبير وله ابنان أو قال ادفعها الى أجنبي
فقال ان دفعها الى أحد الاثنين ضمن للآخر قدر حصته وان دفعها الى الآخر ضمن ولعل هذا من
أحمد فيما إذا لم يصدق الورثة الوصي ولم يقرؤا فلم يقبل قوله عليهم وليس له الدفع بغير إذنهم لان
قوله أقر عندي وأذن لي لإثبات ولائه فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لانه يشهد لنفسه بالولاية وقد
نقل أبو داود في رجل أوصى أن لفلان علي كذا فيبني للوصي أن ينفذه ولا يحل له إن لم ينفذه
فهذه المسئلة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي أو له بينة بذلك جمعاً بين الروايتين
وموافقة الدليل قيل لا أحد فان علم الموصي اليه لرجل حقاً على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه
إلى القاضي ليستحلفه أن مالي في يدك حق فقال لا يحلف ويعلم القاضي بالقضية فان أعطاه القاضي

وثلاثين جزءاً ووصية الحال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ووصية الجذ سبعة وسبعة وتسعين جزءاً ووصية الاخ ثمانية وثمانية وثمانين جزءاً وبطريق الباب تضرب الخارج بعضها في بعض تكون مائة وعشرين تنقصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر فهذا المقسوم عليه ثم تنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة ثم تزيد واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر تنقصها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وسبعين فهذه وصية الم تضربها في عشرة ثم تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحداً وتضربها في أربعة وتزيد واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة واربعين تنقصها واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وثمانين فهذه وصية الحال ثم تنقص الاربعة واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة عشر وتزيد واحداً وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين فهذه وصية الجذ ثم تنقص الخمسة واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وتزيد واحداً وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحداً وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة فهي وصية الاخ وفي ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم وتقسّمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته ولو وصى لعمه بمشرة ونصف وصية خاله والحالة بمشرة وثلاث وصية عمه كانت وصية الم ثمانية عشر ووصية الحال

فهو أعلم فان ادعى رجلاً ديناً على الميت وأقام بينة فهل يجوز للوصي قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم؟ فكلام أحمد يدل على روايتين (أحدهما) لا يجوز الدفع اليه بدعواه إلا أن تقوم بينة فظاهر هذا أنه يجوز الدفع بالبينة من غير حكم حاكم لأن البينة حجة له وقال في موضع آخر إلا أن ثبت بينة عند الحاكم بذلك فالما ان صدقهم الورثة قبل لانه اقرار منهم على أنفسهم

(مسئلة) (وتصح وصية الكافر الى المسلم إذا لم تكن تركته خيراً أو خبزيراً لان المسلم مقبول الشهادة عليه وعلى غيره فاما وصية الكافر الى الكافر العدل في دينه ففيها وجهان (أحدهما) تصح الوصية اليه وهو قول أصحاب الرأي لانه يلي بالنسب فيلي بالوصية كالمسلم والثاني لا يصح وهو قول أبي ثور لانه فاسق فلم تصح الوصية اليه كفاسق المسلمين ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فان لم يكن الكافر عدلاً في دينه لم تصح الوصية اليه لان عدم العدالة في المسلم تمنع صحة الوصية اليه فالكافر أولى ﴿مسئلة﴾ (إذا قال ضع ثلثي حيث شئت أو أعطه من شئت لم يجوز له أخذه ولا دفعه إلى ولده ولا والده)

قال أحمد اذا كان في يده مال للعساكين وأبواب البر وهو محتاج اليه فلا يأكل منه شيئاً انما أمر بتنفيذه، وهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي اذا قال الموصي جعلت لك أن تضع ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه ولولده ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا أيضاً لان لفظ الموصي يتناوله ويحتمل أن ينظر الى قرائن الاحوال فان دلت على أنه أراد أخذه منه مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف اليهم ذلك أو عادته الاخذ من مثله فله الاخذ منه والا فلا،

سنة عشر وبها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر وانقصه واحداً فهو المقسوم عليه ثم تزيد مخرج النصف واحداً وتضربه في مخرج الثلث ثم في عشرة تكن تسعين مقسومة على خمسة عشر تكن ثمانية عشر ثم تزيد مخرج الثلث واحداً وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة فإن كان معها آخر ووصى للخال بعشرة ورابع وصيته ووصى له بعشرة ورابع وصية العم ضربت الخارج ونقصتها واحداً تكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم تزيد الاثنين واحداً وتضربها في ثلاثة تكن تسعة فزدها واحداً واضربها في أربعة تكن أربعين في عشرة ثم اقسما تخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية العم ثم تصنع في الباقي كما ذكرنا فتكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءاً ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء وإن شئت بعد ما عملت وصية العم فاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهو وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية العم ومتى عرفت ما مع واحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم وهذا النذر من هذا الفن مكفي فإن الحاجة إليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى بوقتنا لما يرضيه أنه على ما يشاء قدير .

ويحتمل أن له إعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه لأنه مأمور بالتفريق وقد فرق فيمن يستحق فأشبهه الدفع إلى الاجنبي .

ولنا أنه تملك ملكه بالاذن فلا يجوز أن يكون قابلاً كما لو وكله في بيع سلعة لم يجز بيعها من نفسه ﴿مسألة﴾ (وإن دعت الحاجة إلى بيع بعض العقار لقضاء دين الميت أو حاجة الصغار وفي

بيع بعضه نقص فله البيع على الكبار والصغار)

وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لا بد منه وكذلك إن كان جميعهم كباراً وهناك دين أو وصية وقيل لا يملك أن يبيع إلا ما يخص الصغار ويقدر الدين والوصية ولنا أنه وصي يملك بيع بعض التركة فذلك يبيع جميعها كما لو كان جميع الورثة صغاراً وكان الدين يستغرق التركة ولأن الوصي قائم مقام الأب وللاب أن يبيع الجميع ولأنه لما جاز بيعها في الدين المستغرق جاز بيعها فيما لا يستغرق كالعين المرهونة ولأن في بيع البعض نقصاً على الصغار فيتين يبيع الجميع دفماً للضرر عنهم ويحتمل أن لا يجوز البيع على الكبار ، وبه قال الشافعي ، وهو أقسى إن شاء الله تعالى لأنه لا يجب على الإنسان بيع ملكه ليزداد ثمن ملك غيره كما لو كان شريكهم غير وارث ، وهذا اختيار شيخنا ، وهو الصحيح والله سبحانه وتعالى أعلم .

تم بحمد الله وعونه الجزء السادس من كتابي المغني والشرح الكبير

وبله بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السابع منهما وأوله (كتاب القرائن)

فهرس محتويات الجزء السادس من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة	كتاب الاجارات	صفحة
٢٧	٣ الاستدلال على جواز الاجارة بالاجماع	٢٧
كدار انهدمت	٤ بيان أن المعقود عليه في الاجارة هو المنافع	٢٨
٢٨ حكم غصب العين المستأجرة	٥ بيان الشروط التي تصح بها الاجارة	٣٠
٣٠ الاطلاع على عيب في العين المؤجرة	٦ لا يشترط في مدة الاجارة أن تلي العقد	٣١
٣١ ما يجب على المكري فعله لاجل المكين	٧ كون مدة الاجارة لا يتقدر أكثرها	٣٢
المكثري من الاتفاع	بزمان معين	٣٢
٣٢ إذا شرط على مكثري الحمام أو نحوه أن	٨ أقسام الاجارة وكونها اما على مدة أو عمل	٣٣
مدة تعطيله عليه لم يصح	٩ الجمع بين تقدير المدة والعمل في الاجارة	٣٣
٣٣ جواز استئجار الآدمي لعمل شيء بعينه	والقول بجوازها	٣٣
وما فيه من الاحكام	١٠ جواز استئجار الاجير بطامه وكسوته	٣٤
٣٤ أقسام استئجار الآدمي وأحكامها	١١ العلم بموضع الاجارة وكونه شرطاً فيها	٣٥
٣٥ الاستئجار لحفر الانهار والآبار	برؤيته أو بصفته	٣٥
٣٦ الاستئجار للبناء وتطين السطوح والحيطان	١٢ كل ما جاز جعله ثمناً جاز جعله أجرة سواء	٣٦
٣٧ الاستئجار لكتابة المصحف وحصاد الزرع	كان عبثاً أو منفعة	٣٧
٣٨ الاستئجار لاستيفاء الفصاص في النفس	١٣ ملك المستأجر لمنافع العين بالعقد وحدوثها	٣٨
فما دونها	على المالك	٣٨
٣٩ استئجار الرجل ليدله على الطريق	١٤ بيان أن المؤجر يملك الاجارة بمجرد العقد	٣٩
٤٠ استئجار السمسار لشراء الثياب ويبيعها	١٥ الاستدلال على أن المؤجر يملك الاجارة	٤٠
٤١ جواز استئجار من يخدمه كل شهر بشيء معلوم	بمجرد العقد	٤١
٤٢ بقاء الاجارة عند موت المكري أو المكثري	١٦ استقرار الاجر إنما يكون باستيفاء المنافع	٤٢
أو كليهما	١٧ فروع في استقرار الاجر باستيفاء المنافع	٤٣
٤٣ فروع في موت المكثري	١٨ جواز الاجارة كل شهر بدرهم	٤٣
٤٤ حكم ما إذا أجز الموقوف عليه الوقف مدة	٢٠ بيان أن الاجارة عقد لازم من الطرفين	٤٤
ومات في أثنائها	٢١ لزوم دفع الاجارة كاملة في إجارة مدة معينة	٤٤
٤٥ اجارة الولي الصبي أو ماله مدة ثم بلوغه	٢٢ امتناع تصرف المالك في العقار إلا بعد	٤٥
في أثنائها	تقضي المدة	٤٥
٤٦ إجارة العبد مدة ثم اعتاقه في أثنائها	٢٤ سقوط أجرة العقار إذا حوله المالك لنفسه	٤٦
٤٧ فروع في صحة بيع العين المؤجرة	٢٥ أحكام الخيلولة بين المستأجر وبين الاتفاع	٤٧
٤٨ حكم شراء المستأجر للعين المؤجرة أو	بالعين المؤجرة	٤٨
ميراثه لها		

صفحة	صفحة
٧٣ جواز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها	٤٩ شراء المستأجر للعين المؤجرة ثم ردها بالعيب
٧٤ بيان المعقود عليه في الاجارة للرضاع هل هو اللبن أو الخدمة	٥٠ انفساخ الاجارة بتلف العين المؤجرة
٧٥ للرجل أن يؤجر الامة والمدبرة ونحوهما للرئاسة	٥١ للمستأجر إسكان غيره في عقار استأجره للسكنى
٧٦ استئجار الرجل أخته أو بنته لرضاع والده	٥٢ للمكثري أن يركب غيره ظهراً أكثره للركوب
٧٧ اعطاء المرضعة عند الفطام عبداً أو أمة	٥٣ جواز اجارة العين المؤجرة بعد قبضها
٧٨ كراء الدابة إلى موضع ثم بجاوزته	٥٤ فروع في اجارة العين المستأجرة
٧٩ وجوب قيمة الدابة المؤجرة اذا تلفت	٥٥ اجارة العين المستأجرة بمثل الاجرة وزيادة
٨٠ استئجار الارض الفارقة بالماء لا يجوز	٥٦ جواز استيفاء مثل المنفعة وما دونها
٨١ كراء الدابة لمحولة شيء ثم الزيادة عليه	٥٧ كراء الدابة لركوبها في طريق ثم العدول إلى طريق أخرى
٨٣ كراؤها إلى مسافة من طريق ثم سلوك أشق منها	٥٨ جواز كراء القميص للبس واستئجار الارض للزرع أو الفرس
٨٤ كراء الدابة لمحل قفيزين ثم ظهورأتهما ثلاثة	٥٩ فروع في كراء الارض للزرع والفرس ونحوهما
٨٥ كراؤها مدة النزاة لا يصح الا أن سمي لكل يوم شيئاً معلوماً	٦٠ الارض المكتواة للزرع ونحوه وأقسامها
٨٦ استئجار الدابة في عمرة أيام بعشرة دراهم	٦١ الارض التي يكون بحجي الماء اليها نادراً أو غير ظاهر
٨٧ تفاوت الاجرة في خياطة الثوب بالاسراع والبطء	٦٢ كراء الارض الفارقة بالماء
٨٨ تفاوت الاجرة في الحمل بقرب المسافة وبعدها	٦٣ انتهاء مدة اجارة الارض وفيها زرع لم يبلغ حصاه
٨٩ مسائل الكراء لحمل الصبرة وأحكامها	٦٤ كراء الارض للزرع مدة لا يكمل فيها
٩٠ الكراء للحمل واشتراط معرفة الماقدن ما عقداً عليه	٦٥ كراء الارض للغراس مدة سنة
٩١ ما ينبغي معرفته للمكثري والمكثري في الكراء للحمل	٦٦ قلع الغراس والبناء من الارض المؤجرة عند اطلاق العقد عن المدة
٩٢ الحمل الى مكان لا اختيار لها في السير في طريقه	٦٧ استئجار الاجير بطعامه وكسوته وجوازه
٩٣ اشتراط حمل زادمقدر كئانة رطل	٧٠ اشتراط الاجير كسوة وثيقة معلومة موصوفة
٩٤ بيان ما يلزم المكثري والمكثري للركوب	٧١ الاستئجار في بيع الثوب بشمن معلوم وما زاد يكون للبائع
٩٥ كراء الظئر في طريق العادة النزول فيه	٧٢ حصد الزرع وصرم النخل بصدس ما يخرج منه
٩٦ هروب الجمل في بعض الطريق المؤجر على الحمل فيها	

صفحة	3	صفحة
١٢٥ استئجار الطيب للمداواة	٩٩ كراء العقبة أو العقبة وصحته ومناه	
١٢٦ سقوط الضمان عن الراعي إذا لم يتعد	١٠٠ كون معرفة الراكين بالوصف تقوم مقام رؤيتها	
١٢٧ كون العقد في الرعي أنما يصح على مدة معلومة	١٠١ اكتراء الابل والدواب للحمولة وجوازها	
١٢٨ فروع في استئجار الراعي للرعي	١٠٢ جواز كراء الدابة للعمل	
١٢٩ جواز إجارة كل عين يمكن الانتفاع بها منفعة مباحة	١٠٣ استئجار البهيمة لإدارة ائرحي	
١٣٠ جواز إجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلي وعدة	١٠٤ ما يجب حصوله في استئجار البهيمة لإدارة الدواب	
١٣١ استئجار الشجر والتخل للثمر عليها والغنم للدياس	١٠٥ تقسيم الاجير الى خاص ومشترك وحكم كل منهما في الضمان وغيره	
١٣٢ جواز إجارة الدار مسجداً أو البر للسخي	١٠٧ أنما يضمن الاجير المشترك إذا كان يعمل في ملك نفسه	
١٣٣ أقسام ما لا يجوز إجارته	١٠٨ بيان الاجير الخاص وكونه يضمن بالتعدي	
١٣٤ عدم جواز إجارة ما منفعته محرمة	١٠٩ اتلاف الصانع الثوب بعد عمله	
١٣٥ الاستئجار لكسح الكنف وحمل الحمر والمينة	١١٠ فعل الاجير خلاف ما أمر به	
١٣٦ عدم جواز إجارة الدار لانتخاذها كنيسة والقول بجواز ذلك	١١١ ضمان الحياط للثوب إذا فعل غير ما أمر به	
١٣٧ عدم جواز إجارة المشاع لغير الشريك	١١٢ فروع في اختلاف الحياط مع صاحب اثوب	
١٣٨ حكم إجارة المصحف وحكم إجارة المسلم للذي	١١٣ بيان من يكون القول قوله في اختلافها في خياطة الثوب	
١٣٩ جواز إجارة المسلم للذي للعمل لا للخدمة	١١٤ بيان الوقت الذي يبرأ فيه من استؤجر على عمل في عين	
١٤٠ حكم أخذ الاجرة على تعليم القرآن	١١٥ حكم تلف الدين من حرز الاجير المشترك	
١٤١ جواز أخذ الاجر على الرقة	١١٦ حكم تلف الثوب إذا حبسه الاجير على استيفاء الاجر	
١٤٢ جواز أخذ الاجر على القرآن من غير شرط وعدم جوازه على الشرط	١١٧ ضمان القصار للثوب إذا دفعه إلى غير مالكة	
١٤٣ حكم إجارة ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية	١١٨ اشتراط المؤجر على المستأجر ضمان العين لا بهج	
١٤٤ حكم ما إذا اختلف المؤجر والمستأجر في مدة الاجارة	١١٩ للمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة	
١٤٥ حكم دفع الثوب إلى خياط أو قصار من غير عقد ولا شرط	١٢٠ سقوط الضمان عن الحجام والختان والطبيب	
١٤٦ حكم من استؤجر لحمل كتاب إلى مكة أو غيرها	١٢١ جواز استئجار الحجام وإباحة أجره	
١٤٧ كتاب إحياء الموات	١٢٢ الاستدلال على إباحة أجر الحجام	
١٤٨ الأرض التي لا يعرف مالكم الا تملك إلا بالاحياء	١٢٣ استئجار الحجام لغير الحجام واستئجار الكحال	
	١٢٤ فروع في استئجار الكحال ليكحل العين	

صفحة	صفحة
١٤٩	عده جواز إحياء الأرض التي لها مالك
١٥٠	استواء المسلم والذي في الأحياء
١٥١	لا يجوز إحياء ما قرب من العامر بما يتعلق بمصالحه
١٥٢	ما فتح من البلاد غنوة وما أسلم عليه أهله
١٥٣	سواء في أحكام الأحياء
١٥٤	لا يملك الموات بالتحجير لكن بالأحياء
١٥٥	من مات فوارثه أحق به
١٥٦	للإمام أن يقطع الموات لمن يحميه
١٥٧	لا يملك الممادِن الظاهرة بالأحياء
١٥٨	الأحياء الذي يملك به
١٥٩	من أحيأ أرضاً فلها فظهر فيها معدن فهو له
١٦٠	إذا كان في الموات موضع يمكن فيه معدن ملك بالأحياء
١٦١	من عمل في معدن غيره بغير إذنه فما حصل منه فهو للمالك
١٦٢	السابق إلى معدن في الموات يكون أحق بما ينال منه
١٦٣	لا يصح إحياء الشوارع والطرق بين العمران مطلقاً
١٦٤	بيان القوائم وأقسامها وأحكامها
١٦٥	امتناع إقطاع ما لا يجوز إحياءه
١٦٦	بيان الحمي ومعناه وحكمه وكونه لا يكون إلا لله ورسوله
١٦٧	امتناع نقض ما سماه النبي (ص)
١٦٨	بيان أحكام المياه والسقي بها وأقسامها
١٦٩	حكم الماء الجاري في نهر مملوك وأقسامه
١٧٠	بيان حريم النهر وحريم البئر وحكمها وقسمة الماء بين الشركاء
١٧١	فروع في تقسيم الماء المشترك
١٧٢	تقسيم ماء النهر بالمهاياة وجوازه
١٧٣	ملك الماء بملك منبعه. الماء الجاري في نهر غير مملوك
١٧٤	إصلاح النهر المشترك بين جماعة يكون على حسب ملكهم فيه
١٧٥	معنى إحياء الأرض وبأي شيء يكون الإحياء
١٧٦	ما يحصل به إحياء الحظيرة لآدم أو لأخشب ونحوهما
١٧٧	بيان أنواع الآبار وحريم كل نوع منها
١٧٨	ما يشترط في إحياء البئر وملكها
١٧٩	امتناع حفر بئر ينسرق إليها الماء من بئر غيره
١٨٠	كون إحياء الموات لا يفترق إلى أذن الإمام
١٨١	كتاب الوقوف والعطايا
١٨٢	قول أبي حنيفة بجواز رجوع الوائف ومخالفة سائر أهل العلم له
١٨٣	الفرق بين الصدقة والوقف
١٨٤	لا يشترط القبول من الموقوف عليه
١٨٥	الفرق بين الوقف والهبة
١٨٦	الفاظ الوقف ثلاثة صريحة وثلاثة كناية
١٨٧	الوقف يحصل بالفعل مع القرائن في مذهب أحد
١٨٨	الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية
١٨٩	إذا وقف وقفاً وشرط أن ينفق منه على نفسه صح
١٩٠	لا بأس على من ولي الوقف أن يأكل منه أو يطعم صديقاً
١٩١	إذا شرط أن يبيع الوقف أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح
١٩٢	فروع في الوقف
١٩٣	ترتيب الواقف بض الموقوف عليهم دون بعض
١٩٤	فروع في الوقف على الأولاد ثم أولادهم وهكذا
١٩٥	الوقف على الأولاد على أن من مات فنصيبه لولده أو لاهل الوقف
١٩٦	الوقف على البنين وأولاد البنين معاً
١٩٧	الوقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل
١٩٨	الوقف على الأولاد وأحفادهم ونسبهم ومن يدخل في ذلك

صفحة	صفحة
٢٠٧ كون ولد البنت لا يدخل في الوقف على ولد	٢٣٠ في مسجد آخر
٢٠٨ ولد الولد	٢٣١ جناية العبد لا يحملها العاقلة
٢٠٩ الوقف على اولاد رجل وأولاد أولاده	٢٣٢ الامة الموقوفة يجوز تزويجها
٢١٠ السنة في قسمة الوقف على الاولاد أن تكون	٢٣٣ ليس للموقوف عليه وطء الامة الموقوفة
على حسب قسمة الميراث	٢٣٤ إذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة
٢١١ تقسيم الوقف على حسب تقسيم الميراث	أوسق ففيه الزكاة
الوقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين	٢٣٥ يصح الوقف على القبيلة العظيمة
ومعنى المسكين والفقير	٢٣٦ لا يجوز وقف مالا ينتفع به إلا بأنثاه
٢١٢ الوقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب	٢٣٧ لا يصح وقف الشمع ونحوه لأنه يتألف بالاتفاق به
أو الغارمين	كل ما جاز بيعه جاز وقفه
٢١٣ الوقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير	٣٨ يصح وقف المشاع
٢١٤ تقسيم الوقف إلى معلوم الابتداء والانتفاء	٢٣٩ إذا لم يكن الوقف على معروف أو بره وباطل
وإلى منقطع ومعنى كل وحكمه	٢٤٠ لا يصح الوقف على غير معين
٢١٥ أحكام الوقف المنقطع وهل يصح وإلى من يصرف	٢٤١ لا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن
٢١٦ إن لم يكن للواقف أقارب أو انقراضا صرف	٢٤٢ النظر في الوقف لمن شرطه الواقف
الوقف إلى الفقراء والمساكين	٣٤٣ انظر في الوقف على المساكين والمساجد للحاكم
٢١٨ ان وقف على من يجوز الوقف عليه ومن	٢٤٤ إذا كان ناظر الوقف غير الموقوف عليه وهو
لا يجوز صح	فاسق ضم إليه أمين
٢١٩ الوقف في مرض الموت كالعتق والهبة في اعتبار	٢٤٥ نفقة الوقف من حيث شرط الواقف
من الثلث	٢٤٦ (كتاب الهبة والعطية)
٢٢٠ جواز تعليق الوقف على شرط	٢٤٧ اتفاق الخلفاء الراشدين على أن الهبة لا
٢٢١ لا يصح الوقف في المرض على بعض الورثة	تجوز إلا مقبوضة
٢٢٢ الرواية الثانية بجواز الوقف في المرض على	٢٤٨ كون الواهب بالخيار قبل القبض
بعض الورثة	٢٤٩ بطلان الهبة بموت الواهب أو الموهوب له
٢٢٣ فروع في الوقف	قبل القبض
٢٢٥ إذا خرب الوقف بيع بمضه لتعمير بقيته	٢٥٠ سقوط القبض إذا كان الموهوب في يد المتهب
٢٢٦ قول محمد بن الحسن إن الوقف إذا خرب عاد	٢٥١ هبة غير المكيل والموزون ولزومها بدون القبض
إلى ملك واقفه	٢٥٢ اشتراط القبول فيما لا يلزم القبض فيه
٢٢٧ إذا لم تعطل مصلحة الوقف بالسكينة لا يجوز بيعه	٢٥٣ بيان ما يحصل به القبض في غير المنقول
٢٢٨ لا يجوز غرس شجرة في المسجد	٢٥٥ بطلان الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد إلا بق
٢٢٩ ما فضل من حصر المسجد وزيته يجوز أن يحمل	٢٥٦ بطلان هبة المجهول وتعليق الهبة بشرط

صفحة	صفحة
٣٠٥	أحكام هبة الدين لمن هو في ذمته أو لغيره
٣٩٦	بيان من يقبض الهبة للصبي وبطلان قبضه لنفسه
٣٠٧	هبة الاب لابنه وقيامه مقامه في انقبض والقبول
٣٠٨	المفاضلة بين الاولاد في العطية وحكمها
٣٠٩	تخصيص بعض الاولاد بالعطية أو تفضيله
٣١٢	استحباب التسوية في عطية الاب لابنائه
٣١٣	تخصيص بعض الاولاد بالعطية لمعنى يقتضي ذلك
٣١٥	كيف تقسم العطية ؟
٣١٨	توجيه تفضيل الذكر على الانثى في العطية
٣١٩	عدم وجوب التسوية بين الاقارب في الاعطاء
٣٢٠	أمر النبي (ص) بالرجوع في الهبة
٣٢١	الاستشهاد على أن الاولى عدم التفاضل
٣٢٢	الولد من كسب الرجل
٣٢٤	شروط الرجوع في الهبة
٣١٦	الشرط الثاني أن تكون العين باقية
٣٢٨	الشرط الثالث للرجوع في الهبة
	الشرط الرابع للرجوع الهبة
	تفريع في رجوع الهبة
	كيفية الرجوع في الهبة
	أحكام التفضيل بين الاولاد في العطايا
	استحباب ترك القسمة بين الاولاد
	جواز أخذ الاب من مال ولده ما شاء
	امتناع مطالبة الابن بدين على أبيه
	أحكام تصرف الاب في مال ابنه قبل تملكه
	امتناع أخذ مال الغير بغير إذنه
	أحكام الرجوع في الهبة والهدية
	النهي عن الرجوع في الهبة والاحاديث فيه
	ما وجه الانسان لذوي رحمه المحرم للرجوع فيه
	امتناع رجوع المتصدق في صدقته
	كون الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً
	باب العمري والرقبي وغيرهما
٣٠٥	العمري للذي أعرها حياً وميتاً
٣٩٦	دعوى اجماع أهل المدينة على عدم جواز العمري
٣٠٧	أحكام الاشتراط في العمري
٣٠٨	العمري التي أجازها رسول الله ﷺ
٣٠٩	ماهية الرقبي
٣١٢	صح العمري في غير العنار من الحيوان والنبات
٣١٣	لا يصح تأقيت الهبة
٣١٥	الهبة الفاسدة
٣١٨	كتاب اللقطة
٣١٩	هل الافضل أخذ اللقطة أو تركها
٣٢٠	مقدار تعريف اللقطة
٣٢١	بيان الزمان الذي تعرف فيه اللقطة
٣٢٢	المكان الذي تعرف فيه اللقطة وبيان من يتولى ذلك
٣٢٤	حكم ما إذا أخرج التعريف في الحول الاول
٣١٦	جواز تملك اللقطة بعد التعريف إذا لم تعرف
٣٢٨	كون اللقطة ائماً ملكاً ملكاً مراعى نزول
	بمجيء صاحبها
٣٢٩	كل ما جاز التقاطه ملكاً بالتعريف عند تمامه
٣٣٠	عموم ملك اللقطة للأمان وغيرها
٣٣٢	استواء لقطة الحل والحرم في الاحكام
٣٤٣	حفظ وكاء اللقطة وعفاصها وعددها وصفاتها
٣٣٥	الاشهاد على اللقطة عند وجودها
٣٣٦	دفع اللقطة لربها اذا وصفها بلا بينة
٣٣٧	إذا وصف اللقطة اثنان أقرع بينهما
٣٣٨	إذا دفع مال غيره إلى غير مستحقه ضمنه
٣٤٠	من قال لا تملك اللقطة بحال لم يضمنها الملتقط
٣٤٣	من اصطاد سمكة فوجد فيها ذرة فهي له
٣٤٥	فروع في اللقطة
٣٤٨	تفصيل في اللقطة وتعريفها وما لها
٣٥٠	الجمالة جائزة في رد الضالة والآبق وغيرهما
٣٥١	الفرق بين العوض والعمل في العلم والجمالة

صفحة	صفحة
٣٥٣ فروع في أحكام اللقطة	٣٩٨ الكلام على القافة وكيفية الالحاق
٣٥٥ إذا رد العبد الأبق استحق العبد برده	٣٩٩ تجريب القائف للاحتياط في الالحاق
٣٥٧ يجوز أخذ الأبق لمن وجده	٤٠١ إذا ادعى اللقيط اثنان فألحقه القافة بهما لحق
٣٥٨ من رد اللقطة لعله يجعل لم يجز له أخذه	٤٠٢ يلحق اللقيط بمن ألحقته القافة وإن كثروا
٤٥٩ إذا وجد اللقطة سفيه أو طفل عرفها وليه	٤٠٤ فروع في ادعاء اللقيط
٣٦١ استواء المكاتب والحر في اللقطة وأحكامها	٤٠٩ أحكام اقرار اللقيط بالرق بعد نكاحه
٣٦٣ إباحة النقاط الشاة بالمصر وبالمهلكة	٤١٢ تصرف اللقيط بالبيع والشراء
٣٦٥ ثبوت قيمة اللقطة في ذمة اللاقط إذا أكلها	٤١١ ثبوت القود على اللقيط إذا جنى جنابة موجبة
٣٦٦ اللقطة التي لا تبقى عاما وأنواعها وأحكامها	٤١٤ للقصاص
٣١٨ حكم البقر والخلاف في كونها كالابل أو الشاة	﴿كتاب الوصايا﴾
٣٦٩ للإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها	٤١٥ استحباب الوصية بجزء من المال
٣٧٠ امتناع أخذ الضوال لغير الإمام أو نائبه	٤١٧ الأولى للعوصي أن لا يستوعب اثنان بالوصية
٣٧٣ حكم النقاط العبد الصغير أو الجارية	٤١٨ الانضل جبل وصيته لأقاربه الذين لا يرون
٢٧٤ ﴿كتاب اللقيط ومعناه ووجوب النقاط﴾	٤١٩ لا يجوز الوصية لوارث إلا أن يجز ذلك الورثة
٢٧٦ الحكم بإسلام اللقيط وكونه ظاهراً لا يقيناً	٤٢٠ فروع في الوصية
٣٧٧ جنابة اللقيط وتحمل بيت المال لها	٤١٥ أحكام الوصية بائناث لوارث وأجنبي
٣٧٨ قذف اللقيط وإقامة الحد عليه	٤١٦ الوصية بأكثر من الثلث لغير الوارث
٣٧٩ نفقة اللقيط من بيت المال إذا لم يوجد مع شيء	٤٢٧ حكم الوصية لغير الوارث
٣٨٢ حكم ما يوجد مع اللقيط من مال وغيره والاتفاق عليه منه	٤٢٨ إنما يتبرر رد الورثة وإجازتهم بعد الموت
٣٨٣ كون ولاء اللقيط لسائر المسلمين	٤٢٩ الوصية بأكثر من اثنان وإجازة الوارث لها
٣٨٥ حكم لقط من هو مستور الحال	٤٣٢ فروع في عتق الامة ثم تزوجها
٣٨٦ سفر الامين باللقيط إلى مكان يقيم به	٤٣٤ فروع في الوصية
٣٨٧ ليس للعبد النقاط الطفل المتبوء إذا وجد غيره	٤٣٦ لا تصح الوصية لميت
٣٨٩ حكم ما إذا رآه اثنان فسبق أحدهما فأخذه	٤٤٠ لا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول
٣٩٠ اختلاف اللاقطين وادعاء كل واحد أنه هو اللاقط	٤٤٣ فصل فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين
٣٩١ اختلاف المسلم والكافر في ادعاء نسب اللقيط	٤٤٤ صحة الوصية مطلقة ومقيدة
٣٩٣ ترجيح دعوى المرأة على الرجل في اللقيط والعكس	٤٤٥ حكم الوصية بسهم من المال والاقوال فيها
٣٩٤ فسول فيما إذا ادعى المقيط اثنان فصاعداً	٤٤٨ الوصية بمثل نصيب أحد الورثة
٣٩٦ الشبه لا يكفي في ادعاء الولد	٤٥٠ فروع في الوصية بمثل نصيب الوارث أو ضعفه
٣٩٧ اثبات النسب بالشبه	٤٥٧ تقسيم الوصية

صفحة	صفحة
٤٦١ الاستثناء في الوصية	٥٣١ لانصح الوصية لكافر بمصحف ولا عبد مسلم
٤٦٥ حكم ما إذا لم يحجز الورثة الوصية	٥٣٥ الوصية بكل المال ولا عصبة له جائزة
٥٦٧ فروع في الاجازة والرد	٥٣٧ وصية الرجل لعبده بحجزه مشاع من ماله والقول فيه
٤٦٩ إذا أوصى لولد فلان فهو للذكر والانثى بالسوية	٥٣٩ وصية الرجل لعبد غيره أو لعبد وارثه
٤٧١ ألفاظ المجموع على أربعة أضرب	٥٤٠ الوصية للقاتل والروايات فيه
٤٧٢ لفظ الأيامي كالأرامل	٥٤٢ الوصية بشراء عبد زيد بحسبائه واعتاقه
٤٧٣ الوصية لجماعة لا يمكن حصرهم كالقبيلة العظيمة	٥٤٤ الوصية بشراء عبد أو بيع عبد واطلاقها وبطلانها
٤٧٥ صحة الوصية للحمل والوصية به	٥٤٥ فروع في الوصية
٤٧٧ الوصية بشجرة الشجرة أو غلة الدار	٥٥٠ تحديد القرابة وترتيب ذوي القربى
٤٨٩ حكم نفقة العبد الموصى بخدمته ونحوه	٥٥٢ ان وصى لعصبة فهي لمن يرث بالسوية
٤٨٢ حكم ما إذا قتل العبد الموصى به	٥٥٣ وصية الرجل لاهل بيته وإلى من تصرف
٤٨٣ الوصية لرجل بعين من مال ثم الوصية به لآخر	٥٥٥ الوصية للموالي وهل تصرف للأعلى أو للأسفل
٤٨٥ الرجوع عن الوصية لبشر وجعلها لذكر	٥٥٨ الوصية لأصناف الزكاة المذكورين في القرآن
٤٨٨ الحكم بتدبوت الوصية بكتابتها دون الأشهاد عليها	٥٥٩ حكم الوصية بالثلث في أبواب البر
٤٨٩ كتابة الوصية والأشهاد عليها	٥٦١ الوصية بالحلج أو غيره من الواجبات
٤٩١ العطية في مرض الموت من الثلث	٥٦٣ فروع في الوصية بالحلج
٤٩٢ الاشياء التي مماثل الوصية فيها العطايا	٥٦٧ إذا أوصى لرجل ثم أوصى بعده لآخر فمما وصيان
٤٩٤ العتق والمحابة	٥٦٩ بيان من تصح الوصية اليه ومن لا تصح
٤٩٥ إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض عتق	٥٧٥ موت أحد الوصيين وإقامة أمين مقامه
٤٩٧ مسائل في تملك الرجل من يعتق عليه	٥٧٦ اختلاف الوصيين فيمن يجعل المال عنده
٤٩٨ حكم ما إذا اشترى المريض أباه	٥٧٧ الوصي بتفريق المال ليس له أخذ شيء منه
٥٠٤ ما لزم المريض في مرضه من حق فهو في رأس المال	٥٨١ الوصية بغير المعين كعبد من عبيده وصحتها
٥٠٩ أقسام الامراض المخوفة وغيرها وأحكامها	٥٨٤ صحة الوصية بكتاب يباح اقتناؤه
٥١٣ فروع في العتق	٥٨٥ صحة الوصية بطبل حرب أو قوس
٥١٥ فصل في المحابة في المرض	٥٨٦ أحكام تلف الموصى به قبل موت الموصي
٥١٨ حكم الخلع في المرض بأكثر من مهر المثل	٥٨٨ العطايا في مرض الموت إما تعبر من الثلث
٥١٩ فروع في المحابة	٥٩١ اشتمال الوصايا على العتاق وعدم وفاء الثلث بالكل
٥٢٠ فصل الهبة	٥٩٢ الوصية بفرس في سبيل الله وبألف درهم تنفق عليه
٥٢٥ جنابة أحد العبدین المعتقین على الآخر	٥٩٣ الوصية لعمه بثلاث ماله ولحالته بمشروء وطرقها
٥٢٧ فروع في وصية الصبي وحكمها	
٥٢٨ وصية الطفل والجنون والمجور عليه للسفه	